

Die Schuld bei der Ehescheidung nach schweizerischem Recht

Dissertation

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

Xaver Lienert

von Zürich

genehmigt auf Antrag von

Herrn Prof. Dr. G. Weiss

Buchdruckerei R. Müller, Gersau - 1950

Die Schuld bei der Ehescheidung nach schweizerischem Recht

Dissertation

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

Xaver Lienert

von Zürich

genehmigt auf Antrag von

Herrn Prof. Dr. G. Weiss

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 19. Februar 1949.

Der Dekan:

Prof. Dr. K. Käfer





Digitized by the Internet Archive
in 2026

Inhaltsverzeichnis

	Seite
1. Teil	
1. Kapitel Einleitung	9
2. Teil Allgemeiner Teil	14
2. Kapitel Das Wesen der Schuld	14
1. Abschnitt Der Schuldbegriff	14
2. Abschnitt Verhältnis der Schuld zum Erfordernis der Zerrüttung	25
3. Abschnitt Erscheinungsformen der Schuld	28
4. Abschnitt Berücksichtigung der Schuld (Scheidungsanspruch und Schuldrechnung)	33
5. Abschnitt Die Offizialmaxime	35
3. Kapitel Schuld und Scheidungsanspruch	40
1. Abschnitt Schuldkompensation	40
2. Abschnitt Zumutbarkeit	43
3. Abschnitt Verzeihung	45
4. Abschnitt Zustimmung	49
5. Abschnitt Mitverschulden	52
6. Abschnitt Passives Verhalten	54
4. Kapitel Die Schuldrechnung (Die Regelung der Nebenfolgen)	58
3. Teil Besonderer Teil	64
5. Kapitel Die Scheidungsgründe	64
1. Abschnitt Art. 137, Ehebruch	64
2. Abschnitt Art. 138, Nachstellung nach dem Leben, schwere Misshandlung und schwere Ehrenkränkung	70
3. Abschnitt Art. 139, Entehrendes Verbrechen und unehrenhafter Lebenswandel	79

	Seite
4. Abschnitt Art. 140, Verlassung	87
5. Abschnitt Art. 141, Geisteskrankheit	91
6. Abschnitt Art. 142, Tiefe Zerrüttung	94
7. Abschnitt Art. 142, Abs. 2, Vorwiegende Schuld des Klägers	98
8. Abschnitt Konkurrenz verschiedener Scheidungsgründe	105
 6. Kapitel Die Nebenfolgen	 113
1. Abschnitt Wartefrist	113
2. Abschnitt Leistungen bei der Scheidung	120
3. Abschnitt Elternrechte	128
 7. Kapitel Die gerichtliche Trennung	 130

A. Literatur

- Cathomen J., Familienschutz im schweizerischen Strafgesetzbuch, Diss. Freiburg 1943.
- Colin A. et Capitant H., Cours élémentaire de droit civil français, tome premier, quatrième édition, Paris 1923.
- Dukor B., Die Lösung der Ehe wegen psychischer Störungen, Basel 1941.
- Egger A., Kommentar zum schweiz. Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Zürich 1936.
- Die Ehescheidung nach dem Schweiz. ZGB und das Scheidungsverfahren nach kantonalem Prozessrecht, Zürich 1944, in Schweizerische Zeitschrift für Gemeinnützigkeit, Jahrgang 1944, Heft 9.
- Ferienkurs der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich am 29. und 30. September 1944: Ehescheidung und Scheidungsverfahren in juristischer und psychologischer Beleuchtung; daraus besonders: Gerwig, Scheidungsverfahren und Eheschutz, und J. Strebel, Zum Verfahren in Ehescheidungsprozessen.
- Festschrift für Prof. Egger: Der Schutz der Familie, Zürich 1945, daraus besonders: H. F. Pfenninger, Der strafrechtliche Schutz der Ehe und F. Wiget, Die Kontumaz des Scheidungsbeklagten, insbesondere nach Zürcher Prozessrecht.
- Gerwig, s. Ferienkurs.
- Gisi M., Verhandlungs- und Officialmaxime im Eheprozessrecht, ZSR. nF. Bd. 32, S. 419 ff.
- Gmür M., Kommentar zum Schweiz. Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, I. Abt., Das Eherecht, 2. Aufl. Bern 1923.
- Grisel A., La violation des devoirs conjugaux et les dispositions du code civil suisse sur le divorce, JdT 1943 p. 290 ss. et 322 ss.
- Guhl T., Das schweizerische Obligationenrecht, 3. Auflage, Zürich 1944.
- Hafter E., Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Bern 1946, und Besonderer Teil, 2. Hälfte, Berlin 1943.
- Hartmann E., Die Scheidungskonvention nach schweizerischem Privatrecht, Diss. Bern 1943.
- Hirschberg R., Schuldbegriff und adäquate Kausalität, Breslau 1928.
- Knus J., Die Ehescheidungsgründe im schweiz. ZGB, Diss. Zürich 1936.
- Leuenberger H. R., Der Schutz der ehelichen Gemeinschaft, Diss. Bern 1944.
- Pfenninger H. F., s. Festschrift Egger.

- Pfleghart A., Offizial- und Untersuchungsmaxime im zürcherischen Zivilprozess, SJZ 14 S. 217.
- Picot A., La jurisprudence en matière de divorce et de séparation de corps, ZSR nF. Bd. 48 S. 1a ff.
- Planck, Kommentar zum BGB, 4. Aufl. Berlin und Leipzig 1924.
- Planiol M. et Ripert G., Traité pratique de droit civil français, tome II, La famille, Paris 1926.
- Pruppacher F.E., Über die Offizialmaxime im zürcherischen Eheprozess, insbesondere im Ehescheidungsprozess, Diss. Zürich 1923.
- Reichwein H., Die Schuld im Recht, Diss. Zürich 1943.
- Roth F., Die Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses als Problem der Rechtsprechung, Diss. Bern 1936.
- Rümelin M., Das Verschulden in Straf- und Zivilrecht, Tübingen 1909.
- Schachtel E., Das Recht der Gegenwart und die Autorität in der Familie, in: Autorität und Familie, Studien aus dem Institut für Sozialforschung, S. 587 ff., Paris 1936.
- Seeger H., Die Rechtsprechung in Ehescheidungs- und Trennungssachen nach schweiz. ZGB, ZSR nF. Bd. 48, S. 105 a.
- Staudinger, Kommentar zum BGB, 9. Auflage, München, Berlin und Leipzig 1926.
- Strebel J., Geschiedene Ehen, Luzern 1943.
- s. auch Ferienkurs.
- Thomas E., Das Erlöschen des Scheidungsrechts durch Zeitablauf, Diss. Erlangen 1913.
- Thurnheer W., Die Verzeihung im schweiz. Eherecht, Diss. Leipzig 1911.
- Tuor P., Das schweizerische ZGB, Lehrbuch, 4. Auflage, Zürich 1940.
- Wiget F., s. Festschrift für Prof. Egger.

B. Abkürzungen

- BGB = deutsches Bürgerliches Gesetzbuch
- BGE = amtliche Sammlung der bundesgerichtlichen Entscheide
- BLZR = Blätter für zürcherische Rechtsprechung
- CC = Code Civil
- JdT = Journal des Tribunaux
- OR = Obligationenrecht
- SJ = La Semaine Judiciaire
- SJZ = Schweizerische Juristenzeitung
- StGB = schweizerisches Strafgesetzbuch
- ZEG = Zivilstands- und Ehegesetz von 1874
- ZGB = Zivilgesetzbuch.
- ZSRnF = Zeitschrift für schweizerisches Recht, neue Folge

1. TEIL

Einleitung

1. Kapitel

Zwischen der Auffassung der Ehe als zivilrechtlichen, der Parteidisposition unterstellten Vertrag und der Auffassung der Ehe als eine unlösbare Bindung vor einer weltlichen oder geistlichen Macht bleibt jeder Gesetzgebung ein weites Feld von Zwischenlösungen offen. Jedem Scheidungsrecht liegt ein bestimmter Gedanke zu Grunde, der die Möglichkeit einer Scheidung von einem bestimmten Kriterium abhängig macht.

So gehen z. B. das belgische und das skandinavische Recht vom Gedanken aus, dass ein gemeinsames Scheidungsbegehren vor dem Richter für die Lösbarkeit einer Ehe genüge, allerdings mit gewissen Einschränkungen.

Unter dem Einfluss der katholischen Lehre verbieten gewisse Rechtsordnungen, z. B. das italienische Scheidungsrecht, die Ehescheidung überhaupt und gestatten an deren Stelle nur die Trennung von Tisch und Bett.

In anderen Rechtsordnungen haben Mann und Frau verschiedene Möglichkeiten, eine Scheidung zu erlangen, z. B. im italienischen Recht für die Trennung und im französischen Recht für die Scheidung, wenn ein Ehebruch geltend gemacht wird.

Wieder andere Rechtsordnungen lassen nur zu Gunsten des Ehegatten eine Scheidungsklage zu, dessen Ehepartner ein schweres Verschulden trifft, so z. B. das deutsche und das französische Scheidungsrecht. Diesem Prinzip gibt man den Namen Verschuldensprinzip.

Das schweizerische Scheidungsrecht bekennt sich grundsätzlich nicht zum Verschuldensprinzip, sondern zum Zerrüttungsprinzip. Voraussetzung jeder Scheidung ist eine so tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses, dass den Ehegatten die Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft nicht zugemutet wer-

den darf. Das ZGB macht keinen Unterschied, ob die Ehescheidung vom Mann oder von der Frau verlangt werde.

Das deutsche Recht

Das deutsche Scheidungsrecht ist mit dem schweizerischen verwandt. Auch im deutschen Recht gilt das Zerrüttungsprinzip (§ 1568 BGB), doch gilt es erst in zweiter Linie. Die Zerrüttung muss durch ein schuldhaftes Verhalten eines Ehegatten herbeigeführt worden sein. Bei jeder Scheidung muss mindestens ein schuldiger Ehegatte gefunden und im Urteil genannt werden (§ 1574 BGB). Die Verhältnisse nach der Scheidung werden nach Massgabe des Verschuldens gestaltet.

Zwischen Schuld und Zerrüttung muss eine enge Kausalität bestehen, so dass eine Verfehlung, die erst nach vollendeter Zerrüttung erfolgte, bisweilen keinen Scheidungsgrund abgeben kann!¹

Eine Durchbrechung des Verschuldensprinzips ist erst nach schweren Kämpfen und nur für den engen Scheidungsgrund der Geisteskrankheit gelungen.²

Das französische Recht³

Dem schweizerischen weniger nah verwandt steht das französische Scheidungsrecht überhaupt nicht auf dem Boden des Zerrüttungsprinzips. Der Code Civil anerkennt im Rahmen des Verschuldensprinzips nur einige spezielle, abgegrenzte Tatbestände als Scheidungsgründe.

Eine Durchbrechung des Verschuldensprinzips ist im französischen Scheidungsrecht trotz wiederholten Versuchen nicht ge-

¹ Kommentar Staudinger N: 6b zu § 1568.

² Anders im nationalsozialistischen Recht: Das Gesetz zur Vereinheitlichung des Rechts der Eheschliessung und der Ehescheidung im Lande Österreich und im übrigen Reichsgebiet vom 6.7.1938 ermöglichte die Scheidung auch bei Unfruchtbarkeit des Ehepartners oder wenn er von einer ekelerregenden oder ansteckenden Krankheit befallen war oder bei blosser Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft während dreier Jahre.

³ vgl. A. Colin, Cours élémentaire de droit civil français und M. Planiol, Traité pratique de droit civil français.

lungen. Ein Scheidungsgrund der Geisteskrankheit wurde als Verstoß gegen die Treue- und Unterstützungspflicht des Art. 212 CC abgelehnt.⁴

Den generellen Scheidungsgrund der tiefen Zerrüttung hat die Praxis durch eine weitherzige Auslegung des Scheidungsgrundes der „injuries graves“ ersetzt.

Auch nach französischem Recht werden verschiedene Nebenfolgen in Funktion des schuldhaften Verhaltens der Ehegatten während der Ehe geregelt. Das Gesetz spricht vom „époux qui a obtenu le divorce (Art. 299, 300, 301, 302 CC u. a. m.). Besonders zu erwähnen ist die Gestaltung der Elternrechte, die ebenfalls entsprechend den Schuldverhältnissen der Ehegatten vorgenommen wird (Art. 302 CC und 152 und 386 CC).

Das Zerrüttungsprinzip

Das Rechtsempfinden, dem das schweizerische Ehescheidungsrecht Ausdruck verleiht, sieht in der Zertrümmerung des ehelichen Verhältnisses den einzig zulässigen Scheidungsgrund. Das schweizerische Recht unterstreicht, dass es bei der Scheidung viel mehr auf den tatsächlichen Zustand der Ehe im Momente des Scheidungsprozesses als auf die schuldhaften Handlungen während der Dauer der Ehe ankommt. Die Allgemeinheit hat nur dann kein Interesse mehr an der Aufrechterhaltung der Ehe, wenn die Ehe zertrümmert ist. Die tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses ist daher einziger und auch genügender Scheidungsgrund.

Trotzdem hat der Gesetzgeber auf die Nennung spezieller Scheidungsgründe nicht verzichtet. Auch diesen liegt die Auffassung zu Grunde, dass eine Scheidung nur bei tiefer Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses möglich sei⁵. Der allgemeine Scheidungsgrund umfasst tatbestandsmässig alle speziellen Scheidungsgründe. Es liegt nicht in der Absicht des Gesetzgebers, mit den speziellen Scheidungsgründen die Scheidung zu erleichtern. Durch Aufnahme ins Gesetz wird ihnen lediglich die

⁴ A. Colin, Bd. I S. 209.

⁵ So auch Kommentar Egger N. 1 z. Art 137; Kommentar Gmür No. 2 z. Art. 137; Tuor S. 136; Picot S. 4a; Seeger S. 110a; Knus S. 117 ff.

Wirkung beigelegt, eine gesetzliche Vermutung des Kausalzusammenhangs zwischen den Umständen, die zum speziellen Scheidungsgrund führen, und einer tiefen Zerrüttung zu bewirken.

Kritik des Verschuldensprinzips

Das Zerrüttungsprinzip ist aus verschiedenen Gründen dem Verschuldensprinzip vorzuziehen. Erstens ist eine tiefe Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses auch möglich, ohne dass ein Verschulden eines Teiles vorliegt.

Gewichtiger scheint jedoch das Argument zu sein, dass bei Anwendung des Verschuldensprinzips eine Seite der ehelichen Konflikte, die Schuldseite, eine Überbetonung erfahre. Die Frage, ob ein Verschulden von dem gesetzlich vorgeschriebenen Ausmass vorliege, wird wichtiger als die berechtigtere Frage, ob das eheliche Verhältnis wirklich zerrüttet sei. Sowohl die Ehegatten als der Richter sind gezwungen, nach einem schweren Verschulden zu suchen, und vergessen darob die andere Frage.

Das Verschuldensprinzip entspricht auch nicht den Gegebenheiten. Die Auffassung, dass bei jeder Scheidung ein schuldiger Ehegatte gefunden werden müsse und könne, ist weder psychologisch richtig noch nach ethischen Gesichtspunkten zu befürworten.⁶

Bei Anwendung des Verschuldensprinzips kommt der Scheidungsprozess schlussendlich darauf heraus, dass die Ehegatten nach einem Verschulden ihres Ehepartners zu suchen gezwungen sind. Damit ihre Klage gutgeheissen werde, müssen die Ehegatten ihren Ehepartner mit möglichst vielen Vorwürfen belasten. Der Prozess wird dadurch arg vergiftet. Der Ehegatte, der aus achtenswerten Beweggründen versucht, seinen Ehepartner im Prozess nicht anzuschwärzen, läuft Gefahr, den kürzeren zu ziehen.

Allerdings bedarf das Zerrüttungsprinzip zum Schutze des Institutes Ehe einiger Einschränkungen, die Ausfluss des Verschuldensprinzips sind.

Die Scheidung soll nicht dem zum Vorteil gereichen, der die Zerrüttung selbst verschuldet hat. Damit aber der schuldige Ehegatte keinen Vorteil aus der Scheidung ziehe, muss seine Schei-

⁶ Ähnlich Picot S. 99a.

dungsklage abgewiesen werden können. Kommt eine Scheidung dennoch zu Stande, so verlangt die Billigkeit, dass der schuldige Ehegatte die für seinen Ehepartner aus der Scheidung resultierenden wirtschaftlichen Lasten zu tragen helfe.

Um den Schutz des Institutes Ehe wirksam zu gestalten, hat die Allgemeinheit ferner ein Interesse an der Bestrafung des Ehegatten, der eheliche Pflichten verletzt hat. Die Schuld der Ehegatten muss auch deshalb berücksichtigt werden.

Unsere Aufgabe sei es hier im Rahmen des schweizerischen Ehescheidungsrechts zu untersuchen, welches das Wesen und die Tragweite der ehescheidungsrechtlichen Schuld ist. Zunächst seien die allgemeinen Regeln, dann die speziellen Gesetzesbestimmungen Gegenstand unserer Betrachtung.

2. TEIL

Allgemeiner Teil

2. Kapitel

Das Wesen der Schuld

Abschnitt 1

Der Schuldbegriff

Im Zivilrecht und im Strafrecht spricht man bei Eintritt eines bestimmten Erfolges vom Verschulden einer Person. So speziell auch im Ehescheidungsrecht. Wenn man zwischen den verschiedenen Rechtsgebieten, die von Schuld sprechen, Vergleiche anstellt, sieht man bald, dass mit dem Begriff Schuld nicht überall das gleiche gemeint sein kann. Es gibt wohl nur einen Schuldbegriff; aber in Folge der verschiedenen Situationen, in denen er angewandt werden muss, verschiedene Anwendungen. Im Zivilrecht ist der Erfolg, an dem man „schuld“ sein kann, der Schaden; im Strafrecht hingegen die Erfüllung eines unter Strafe gestellten Tatbestandes. Das Strafrecht knüpft an die Schuld den Gedanken der Besserung, das Zivilrecht den Gedanken der Wiedergutmachung erlittenen Unrechts.⁷

Das Ehescheidungsrecht gehört in den Bereich des Zivilrechts; aber hinsichtlich des Schuldbegriffes kann es sich nicht mit zivilrechtlichen Prinzipien begnügen. In Anlehnung an den strafrechtlichen Begriff der Schuld, stellt das Ehescheidungsrecht einen eigenen Schuldbegriff auf.

Der Erfolg, der im Zivilrecht auf Schuld schliessen lassen kann, ist der Schaden. Dem Willen des Täters kann deshalb nur eine untergeordnete Bedeutung zukommen, z.B.: Ein Autolenker ist durch eine ihn nahe berührende Angelegenheit so stark in

⁷ Reichwein S. 53 ff, 58 ff, 66; Hirschberg S. 28 f.

Anspruch genommen, dass er einen Verkehrsunfall verursacht. Eine strafrechtliche Schuld besteht vielleicht nicht, wohl aber werden zivilrechtliche Schuldfolgen an sein Verhalten geknüpft.⁸

Das Strafrecht geht aus von der ethischen Missbilligung eines Willens (Vorsatz oder Fahrlässigkeit) des Täters. Die Person des Täters, sein Wille, stehen im Vordergrund der strafrechtlichen Schuldbestimmung. Das zu missbilligende Verhalten braucht nicht bereits auf Dritte eingewirkt zu haben. Schon die Kundgabe des Willens wird missbilligt, z. B. beim Versuch. Im Strafrecht ist katalogmässig festgehalten, welche Willensstatbestände eine so schwere ethische Missbilligung nach sich ziehen, dass der Staat mit einer Strafsanktion einschreitet.

Ähnlich dem Strafrecht geht es im Ehescheidungsrecht um die sittliche Missbilligung des Willens des einen Ehegatten⁹. Die Verletzung ehelicher Pflichten ist der Erfolg, der im Ehescheidungsrecht auf Schuld schliessen lässt. Schuldhaft im Sinne des Ehescheidungsrechtes handelt ein Ehegatte dann, wenn er eine eheliche Pflicht verletzt, denn dadurch erfährt sein Verhalten eine sittliche Missbilligung. Eheliche Pflichten verletzt der Ehegatte bereits durch seine ehewidrige Gesinnung, durch seinen schlechten Willen. Ob letzten Endes ein Schaden, bzw. eine Zerrüttung, entstanden ist, ist im Ehescheidungsrecht für die Begründung einer Schuld nicht von Bedeutung. Auch wenn die Verletzung ehelicher Pflichten keine Zerrüttung bewirkt hat, handelt der Ehegatte schuldhaft, z. B.: Ein Ehegatte begeht einen Ehebruch; seine Schuld kann nicht je nachdem, ob ihm sein Ehepartner verzeihe oder nicht, grösser oder kleiner sein.

Dies beweist auch der Umstand, dass das schuldhafte Verhalten an sich, die Verletzung ehelicher Pflichten, unabhängig von der Frage, ob es eine Zerrüttung verursachte, anderweitige eherechtliche Folgen zeitigen kann. Man denke an die wichtigen Gründe, die einen Ehegatten berechtigen, seinen Ehepartner zu verlassen (Art. 140), bzw. an die Bestimmungen zum Schutze der ehelichen Gemeinschaft (Art. 169).

⁸ Beispiel bei Reichwein S. 67.

⁹ Rümelin S. 35 spricht von sittlichem Verschulden im Familienrecht a. M. Hirschberg S. 95 Anm. 235.

Welches sind nun die Elemente des scheidungsrechtlichen Schuldbegriffes:

1. Schuld setzt im Allgemeinen voraus:

- a) Ein menschliches Verhalten, das zum Erfolg kausal ist,
- b) Rechtswidrigkeit des Verhaltens.

Diese zwei Punkte fassen wir für das Ehescheidungsrecht unter dem Ausdruck: „ehewidriges Verhalten“ zusammen.

2. Das Verhalten muss ein schuldhaftes sein. Drei Gesichtspunkte sind dabei wesentlich:

- a) Schuldfähigkeit des Täters
- b) Wissen und Wollen
- c) Mängel der Schuld.

Ist das ehewidrige Verhalten schuldhaft, so liegt eine Verletzung der ehelichen Pflichten vor.

1. Voraussetzungen.

a) Kausales menschliches Verhalten.

Unter menschlichem Verhalten ist zunächst ein Tätigwerden eines der Ehegatten zu verstehen, z. B. Verlassen der ehelichen Wohnung, Schläge auf den Ehepartner. Aber auch eine Unterlassung einer durch die Umstände gebotenen Tätigkeit kann eine Verletzung ehelicher Pflichten bedeuten. Als erste gilt im Ehe recht die Pflicht, das Wohl der Gemeinschaft im einträchtigen Zusammenwirken zu wahren. Die Ehegatten müssen für die Ehe etwas tun.¹⁰ Die eheliche Gemeinschaft erfordert persönlichen Einsatz und Hingebung¹¹ Die Ehegatten müssen ihre eigene Persönlichkeit an die Persönlichkeit des Ehepartners anpassen. Schon die Unterlassung dieser Anpassung kann als Verletzung ehelicher Pflichten gewertet werden.

Handlungseinheiten können nicht festgehalten werden. „Es handelt sich hier um die Herbeiführung von Zuständen, für die auch ein andauerndes, durch lange Zeiträume sich erstreckendes, aus zahlreichen Einzelakten sich zusammensetzendes Verhalten kausal sein kann“¹².

¹⁰ vgl. Leuenberger S. 64 ff.

¹¹ Kommentar Egger N. 10 zu Art. 159.

¹² Rümelin S. 35, Anm. 5.

Zwischen dem menschlichen Verhalten und der Verletzung ehelicher Pflichten muss ein Kausalzusammenhang bestehen. Das Verhalten muss die Ursache der Verletzung sein. Entscheidend ist dabei, zu wissen, ob das Verhalten erfahrungsgemäss geeignet war, den Erfolg herbeizuführen¹³.

b) Rechtswidrigkeit.

Die Ehe ist eine geistige und sittliche Lebensgemeinschaft. Die Ehe ist vor allem eine Gemeinschaft. Dem Wesen einer Gemeinschaft ist es eigen, dass sie den Gemeinschaftsgliedern durch ihre organische Grösse Vorteile gewährt, dass der Einzelne aber auch einen Teil seiner Rechte an die Gemeinschaft abtreten muss. Den Interessen einer Gemeinschaft haben persönliche Interessen zu weichen. Der Einzelne muss Pflichten auf sich nehmen, um die Gemeinschaft zu erhalten. Was allgemein für eine Gemeinschaft gilt, gilt auch für die eheliche Gemeinschaft. Die Ehegatten haben im Interesse der Gemeinschaft gewisse Rechte des Ehepartners zu respektieren und gewissen Pflichten nachzuleben. Man spricht allgemein von ehelichen Rechten und Pflichten. Sie bestehen, um jedem für sich und beiden zusammen die Erfüllung des Zweckes der Ehe zu ermöglichen¹⁴.

Das ZGB umschreibt in Art. 159 ff. die Rechte und Pflichten der Ehegatten. Die Gemeinschaft Ehe ist für den Staat eine lebenswichtige Grundzelle. Es liegt im öffentlichen Interesse, dass die Rechte und Pflichten der Ehegatten gesetzlich geregelt werden. Das Wesen der Ehe, der Einsatz der ganzen Person, die psychologischen Feinheiten der Beziehungen zwischen den Ehegatten machen es aber dem Gesetzgeber unmöglich, die ehelichen Rechte und Pflichten umfassend festzuhalten. Neue Lebensaspekte schaffen neue Pflichten. Jede Ehe birgt wieder neue Probleme in sich. Das ZGB begnügt sich deshalb mit der allgemeinen Wendung von Art. 159 Abs. 2 und 3: „Sie (die Ehegatten) verpflichten sich gegenseitig, das Wohl der Gemein-

¹³ Adäquate Kausalitätstheorie; s. Hafer, Allg. Teil S. 82 und Guhl S. 62.

¹⁴ Roth S. 35.

schaft in einträchtigem Zusammenwirken zu wahren und für die Kinder gemeinsam zu sorgen. Sie schulden einander Treue und Beistand." Dann regelt das Gesetz einige wirtschaftliche Verpflichtungen der Ehegatten. Die Unterscheidung zwischen Gemeinschaftspflichten, Treuepflichten und Beistandspflichten hat praktisch keinen grossen Wert, denn eine Abgrenzung der Begriffe ist nicht durchführbar. Schon im Begriff Gemeinschaftspflichten sind alle ehelichen Pflichten eingeschlossen.

Ob eine Pflicht vorliege oder nicht, hat der Richter zu entscheiden. Da das Gesetz nur einen allgemeinen Rahmen gibt, muss sich der Richter auf die Sitte stützen. Die Sitte kennt viele Pflichten, die im Gesetz nicht erwähnt sind¹⁵. Anstatt von Rechtswidrigkeit kann man deshalb ebenso gut von Sittenwidrigkeit sprechen¹⁶.

Die Pflichten und die ihnen entsprechenden Rechte, die Gesetz und Sitte den Ehegatten zumuten, gehen sehr weit. Zur Ehe ist ein dauernder Einsatz der Persönlichkeit nötig¹⁷. Die Ehegatten sind zu einträchtigem Zusammenwirken verpflichtet. Sie müssen ihre eigene Persönlichkeit an die Person des Ehepartners anpassen, um Eintracht herzustellen. Die Ehegatten sind gehalten, ihren guten Willen für die Aufrechterhaltung der ehelichen Gemeinschaft einzusetzen, sagte letzthin das Bundesgericht¹⁸. Man kann auch von seelischen Pflichten sprechen, z.B. das Gleichgewicht zwischen dem Ich und der altruistischen Einstellung herzustellen¹⁹. Die Unfähigkeit, sich in eine Gemeinschaft einzureihen, ist eine der wichtigsten Ursachen der Zerrüttung²⁰. „Das Ansteigen aller möglichen Formen der Zwangsgemeinschaft, die von aussen her zusammengehalten werden, ist ein deutliches Symptom, auf wieviele Schwierigkeiten heute die täglich sich erneuernde freiwillige Gemeinschaft stösst.“²¹ Vielen Ehegatten

¹⁵ Leuenberger S. 70 ff.

¹⁶ so auch Rümelin S. 35, Anm. 4: Rechtspflichtverletzung ist hier nicht wesentlich, sondern der Verstoss gegen das Sittengesetz.

¹⁷ Kommentar Egger, Vorbem. 10 z. 4. Titel: Die Ehescheidung.

¹⁸ BGE 72 II 401.

¹⁹ Roth S. 100.

²⁰ Egger, Scheidung und Scheidungsverfahren S. 401.

²¹ Gerwig, Ferienkurs S. 41.

geht das Verantwortungsbewusstsein gegenüber ihrem Ehepartner, gegenüber ihren Kindern und gegenüber der Allgemeinheit ab²².

Mann und Frau sind nach der Regelung des ZGB einander nicht völlig gleichgestellt. Eine beschränkte Unterstellung der Frau unter die Gewalt des Mannes lässt sich nicht ableugnen. Sie liegt im Interesse der Familie²³. Auf alle Fälle ist es für das Wohlergehen der Ehe von Gutem, wenn das Gesetz bestimmt, wer letzte Entscheidungen zu treffen hat. Die Frau ist dem Ehemann zu Gehorsam verpflichtet. Diese Pflicht findet aber in den Gemeinschaftsinteressen und in der Sittlichkeit ihre Grenzen. Dem Manne hingegen liegen aus diesem Verhältnis die verfeinerten Pflichten ob, die einem Entscheidungsbefugten gegenüber dem Gehorchenden binden. Er muss dessen Persönlichkeit, dessen Feingefühl achten; er darf seine Entscheidungsbefugnis nicht missbrauchen.

Es liegt nicht im Interesse der Allgemeinheit, überall eine Pflicht oder ein Recht anzuerkennen. Ein gewisses Mass an Unfreundlichkeit, an Indifferenz hat jeder Ehegatte seitens seines Ehepartners ohne Aufbegehren zu erdulden.

2. Schuldhaftes Verhalten.

a) Schuldfähigkeit.

Es ist klar, dass auch im Ehescheidungsrecht nicht jedermann schuldfähig ist. Der Geisteskranke kann im Sinne des Scheidungsrechts nicht schuldhaft handeln, ebenso ein bewusstseinsgestörter Ehegatte. Das Scheidungsrecht schweigt sich zwar darüber aus. Es ist aber naheliegend, die Parallele des eherechtlichen Schuld-begriffes zum strafrechtlichen auch in der Frage der Schuldfähigkeit zu ziehen. Die Art. 10–12 StGB. sind mutatis mutandis auch im Scheidungsrecht anzuwenden²⁴. Auf diesem Standpunkt steht auch das Bundesgericht²⁵: „Es sind auch im Ehescheidungsrecht, wie im Strafrecht, eine Reihe von Zwischenstufen zwischen einer völligen Geisteskrankheit und geistiger Normalität anzu-

²² Strebel, *Geschiedene Ehen* S. 15.

²³ Schachtel S. 588 ff.

²⁴ Grisel S. 290.

²⁵ BGE 51 II 366.

erkennen..." Genau wie im Strafrecht gibt es auch im Ehescheidungsrecht eine verminderte Zurechnungsfähigkeit, z. B. schliessen psychopathische Zustände, sexuelle Disharmonien und Anomalitäten nicht zum Vornherein die Schuld aus²⁶. Der Richter hat zu ermessen, ob und inwiefern eine Störung der Schuld-fähigkeit vorlag²⁷.

Selbstverschuldete Störung des Bewusstseins kann die Schuld-fähigkeit nicht ausschliessen, z. B. Trunkenheit²⁸. Die Schuld des Ehegatten besteht dann schon in der Gefährdung seines Ehepartners durch den Zustand der verminderten Zurechnungs-fähigkeit.

Charakterfehler begründen keine Verminderung der Schuld-fähigkeit; sie können nur die Schuld abschwächen²⁹. Charakter-fehler an sich können niemals Verstösse gegen die Ehe dar-stellen. „Gewisse Mängel in der Ausgeglichenheit des Charakters sind den meisten Menschen eigen und müssen von ihren Lebens-gefährten mit Verständnis und Nachsicht ertragen werden.“³⁰

b) Wissen und Wollen.

Das Eherecht kennt einerseits die gegenseitige Pflicht der Ehegatten, sich zu achten, einander nicht zu verletzen. Dazu gehört auch die Pflicht, zu wissen, was eine Verletzung der ehe-lichen Pflichten darstellt. Andererseits setzt das Eherecht gegen-seitiges Verständnis voraus; nicht jedes ehewidrige Verhalten ist eine Verletzung ehelicher Pflichten. Ersteres gibt zu erkennen, dass Ehegatten auch fahrlässig Pflichten verletzen können. Sorg-faltspflichten gibt es im Eherecht genug. Letzteres lässt deutlich hervortreten, dass ein ehewidriges Verhalten eines Ehegatten, nur dann Schuldfolgen nach sich zieht, wenn es eine ehewidrige

²⁶ Dukor S. 259 f.

²⁷ Beispiele vermindelter Zurechnungsfähigkeit in BGE 50 II 427 und 56 II 158.

²⁸ darüber vgl. Dukor 277 ff.; BGE 71 II 2 ff.: Da die Beklagte trinkt, sind die Vorkommnisse hinsichtlich der subjektiven Schuld weniger gravierend als das Trinken selber.

²⁹ Grisel S. 290.

³⁰ BGE 69 II 354 ff.

Gesinnung des Ehegatten zu Tage treten lässt. Also muss es dem Ehegatten bewusst sein, dass er sich ehewidrig verhält.

Bewusstsein. Das Bewusstsein (oder der fahrlässige Mangel desselben) hat sich auf alle bestimmenden Merkmale zu erstrecken. Unwissenheit über ein bestimmendes Merkmal ist nichts anderes als Unwissenheit über den Kern des Verhaltens. Das Bewusstsein hat sich auf das Tätigwerden selber zu beziehen, z. B. der Schlafwandler prügelt seine Frau; ganz sicher auch auf den Erfolg des Verhaltens, z. B. der Mann schliesst einen bissigen Hund im Garten ein, ohne zu wissen, dass seine Frau sich darin befindet.

Die Frage, ob auch das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit vorliegen müsse, lässt sich nur in bejahendem Sinne beantworten³¹. Es wurde bereits erörtert, dass eine Verletzung ehelicher Pflichten rechtswidrig ist, dass aber die Rechtswidrigkeit vor allem in einer Sittenwidrigkeit zum Ausdruck kommt. Ein Ehegatte, der die Sitte nicht kennt, kann nicht gegen das Sittengesetz verstossen. Was Sitte ist, beurteilt sich jedoch nach der Ueberlieferung, nach den Gepflogenheiten des Volkes. Es ist klar, dass Unkenntnis der Sittenwidrigkeit kaum auszudenken ist. Der Beweis, dass ein Ehegatte ein Erfordernis der Sitte nicht kennt, dürfte auf erhebliche Schwierigkeiten stossen. Der Frage ist deshalb keine allzugrosse Bedeutung beizumessen.

Nicht nötig ist dagegen das Bewusstsein, dass durch die Verletzung ehelicher Pflichten eine Zerrüttung verursacht werden könne. Die Behauptung: „Der Ehegatte handelt schuldhaft, wenn

³¹ — so auch Seeger S. 141a: Subjektives Verschulden besteht auch dann, wenn ein Ehegatte aus grober Fahrlässigkeit sich der Verletzung der ehelichen Pflichten nicht bewusst war. — Für das deutsche Recht Kommentar Planck N. 17 zu § 1568: Das Verschulden besteht... in dem Bewusstsein des Ehegatten oder dem auf Fahrlässigkeit beruhenden Mangel desselben, durch die Handlung die durch die Ehe begründeten Pflichten zu verletzen; Lehrbuch von Enneccerus, Kipp und Wolff, 7. Bearbeitung, Marburg 1931, IV. Band, Das Familienrecht S. 124: Das Verhalten ist schuldhaft, wenn der Ehegatte die Ehewidrigkeit seines Verhaltens kennt oder kennen muss und nicht durch geistige Erkrankung verhindert ist, seinen Willen zu bestimmen. — a.M. Kommentar Staudinger N. 4d zu § 1568.

er sein ehewidriges Verhalten gewollt hat, obschon er wusste oder nach den Umständen hätte wissen sollen, dass es geeignet sei, die Ehe zu zerrütten³² oder „für die Schuld ist das Bewusstsein, dass ein ehewidriges Verhalten möglicherweise die Zerrüttung der Ehe zur Folge haben kann, nötig“³³, ist daher nicht einwandfrei. Schuldhaft ist bereits die Verletzung ehelicher Pflichten. Ob diese zu einer Zerrüttung kausal ist oder kausal sein kann, ist eine Frage objektiver Bewertung, die z.B. bei den speziellen Scheidungsgründen gar nicht untersucht wird. Meistens wird es so sein, dass eine Verletzung ehelicher Pflichten geeignet ist, zur Entstehung einer Zerrüttung beizutragen. Oft wird der Kausalzusammenhang sogar vermutet. Die Vorstellung, dass wegen des Verhaltens keine Zerrüttung entstehen werde, kann aber auf keinen Fall den Täter von seiner Schuld befreien, z.B. der Ehegatte stellt sich vor, sein Ehepartner werde ihm wie bis anhin seine ausserehelichen intimen Beziehungen verzeihen, eine Zerrüttung könne dadurch nicht entstehen.

Willen.

Die scheidungsrechtliche Schuld ist eine Willensschuld. Der Ehegatte muss im Rahmen seiner Fähigkeiten, sich selbst zu bestimmen, die Möglichkeit gehabt haben, anders zu handeln. Kein Verschulden ist ein selbstverschuldeter Unfall, der die Zerrüttung der Ehe zur Folge hat, z.B. der Ehemann verschuldet den Konkurs seines Geschäftes. Die darauffolgende Misere ist der Grund der Vergrämung, die zur Zerrüttung führt³⁴. Im genannten Beispiel wäre erst dann von Schuld zu sprechen, wenn der Ehemann aus Nachlässigkeit oder aus Arbeitsscheu den Konkurs verschuldet hätte, so dass darin eine Vernachlässigung der Pflicht, für das gemeinsame Auskommen zu sorgen, erblickt werden könnte.

Sowohl Vorsatz als auch Fahrlässigkeit können zur Begründung einer eherechtlichen Schuld genügen. Ein Ausserachtlassen ehelicher Pflichten muss keineswegs auf Vorsatz beruhen, z.B. der sonst zuvorkommende Ehemann verbringt seine Abende im Wirtshaus mit Freunden, seine Frau wird dadurch unglücklich.

³² Kommentar Egger N. 14 zu Art. 142.

³³ Seeger S. 141a.

³⁴ Beispiel bei Kommentar Egger N. 5 zu Art. 142.

Im Scheidungsprozess ist es ebenso wichtig, auf die Motive des Willens als auf die Willensform einzutreten. Die Motive müssen immer ihre Berücksichtigung finden. Hat der Ehegatte z. B. aus achtenswerten Beweggründen, in schwerer Bedrängnis, aus Eifersucht, aus Rachsucht gehandelt, so ergeben sich jedesmal verschiedene Bewertungen der Schuld. Die Gerichtspraxis begnügt sich meist damit, die Gefühlsveränderungen abstrakt festzustellen, statt auf die bestimmten Motive einzugehen, doch sind sie für das Ermessen des Richters von ausschlaggebender Wichtigkeit ³⁵, z. B. eine Ehefrau hat nach einem Zornausbruch des Ehemannes diesen verlassen; ein Ehemann hat seine Frau wegen ihrer steten Nörgeleien geschlagen. In beiden Fällen ergibt sich aus der Bewertung der Motive eine geringere Schuld als aus der Bewertung der Verhaltenserscheinung.

c) Mängel der Schuld.

Irrtum.

In Analogie zum Strafrecht können wir im Ehescheidungsrecht zwischen Tatirrtum und Rechtsirrtum unterscheiden (St. G. B. Art. 19 und 20).

Tatirrtum liegt dann vor, wenn der Ehegatte eine falsche Vorstellung über ein Tatbestandsmerkmal des ehewidrigen Verhaltens hatte. Ein Ausschluss der Schuldhaftigkeit des Verhaltens kommt nur bei wesentlichem Tatirrtum in Frage. Wesentlich ist der Tatirrtum, wenn der Ehegatte über ein die Ehewidrigkeit bestimmendes Merkmal irrte, z. B. der Ehemann glaubte, auf einen Einbrecher zu schießen, schoss aber in der Dunkelheit auf seine Frau. Unwesentlich ist der Tatirrtum auf alle Fälle immer dann, wenn der Ehegatte eine ehewidrige Gesinnung gezeigt hat, d. h. wenn er vorsätzlich oder fahrlässig ein ehewidriges Verhalten in Kauf genommen hat, z. B. die Ehefrau will ihren Ehemann vergiften, verabreicht ihm aber irrtümlicherweise nur ein Pulver, das ihm für einige Zeit Schmerzen verursacht, oder der Ehemann entwendet seiner Ehefrau ein wertloses Wertpapier in der Meinung, es sei wertvoll. Auch dann ist von unwesentlichem Irrtum zu sprechen, wenn zwar keine Beeinträchtigung

³⁵ Roth S. 107.

des Ehepartners, erfolgte, aber trotzdem eine eheliche Pflicht verletzt wurde, z. B. der Ehemann wollte auf seine Frau schiessen, zielt aber in der Dunkelheit auf einen Einbrecher.

Rechtsirrtum liegt dann vor, wenn der Ehegatte glaubt, sein Verhalten sei nach Sitte und Rechtsgebrauch kein ehewidriges Verhalten. Im Ehescheidungsrecht ist das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit für das Entstehen der Schuld nötig. Statt der Rechtswidrigkeit tritt aber in weitestem Masse Sittenwidrigkeit ein. Die Behauptung des Ehegatten, dass er die Pflichten und Rechte, die nach der Ueberlieferung und nach dem alltäglichen Gebrauch an die Ehe geknüpft werden, nicht gekannt habe, ist von geringem Gewicht, denn diese fassen sich alle kurz in der Pflicht zusammen, gemeinsam für die eheliche Gemeinschaft zu wirken.

Z w a n g.

Der physische Zwang (*vis absoluta*) hindert den Menschen an der freien Willensbildung. Ein Ehegatte, der unter Zwang handelt, kann keine Schuld begründen, z. B. Nötigung, Entführung.

D r o h u n g

Eine Drohung (*vis compulsiva*) im Sinne des Ehescheidungsrechts liegt dann vor, wenn folgender Tatbestand erfüllt ist: Ein Dritter droht einem Ehegatten mit einer unerlaubten Handlung oder mit einem übermässigen Nachteil für den Fall, dass er eine Handlung nicht vollziehe, die an und für sich ehewidrig ist, z. B. wenn du heute Nacht nicht zu mir kommst, werde ich gegen deinen Ehemann für ein früheres Vergehen Strafanzeige erstatte.

Im schweizerischen Strafrecht ist die Drohung nur ein Straf-milderungsgrund (StGB. Art. 64); im Obligationenrecht hingegen ein Grund zur einseitigen Unverbindlichkeit (OR Art. 29). Seinem Wesen nach lehnt sich das Ehescheidungsrecht mehr an den strafrechtlichen Begriff der Drohung. Wie im Strafrecht zwischen dem Objekt, das durch die Handlung des Bedrohten angegriffen worden ist, und dem Objekt, dessen Unversehrtheit in der Drohung gefährdet wurde, eine Abwägung stattfinden muss und entschieden werden muss, ob die Natur des letztern eine Preisgabe des

erstern rechtfertigte, muss im Ehescheidungsrecht eine Abwägung zwischen den Interessen des Ehegatten und den Interessen der ehelichen Gemeinschaft vorgenommen werden; m. a. W. eine Rangordnung der ehelichen Rechte und Pflichten festgelegt werden. Der Ehegatte hat im Interesse der Gemeinschaft auf gewisse Rechte zu verzichten. Es ist eine Frage richterlichen Ermessens, ob der Verzicht auf dieses oder jenes Recht dem Ehegatten zuzumuten war.

Dies mögen die zwei folgenden Beispiele erläutern:

Der Gläubiger droht mit Betreibung für den Fall, dass die Ehefrau ihren Gemahl nicht verlasse.

Ein Zechgenosse droht mit Totschlag für den Fall, dass der Ehemann zu seiner Frau zurückkehre.

Im ersten Fall ist der Frau zuzumuten, bei ihrem Gemahl zu verbleiben, denn vermögensrechtliche Nachteile rechtfertigen keine Zerstörung der ehelichen Gemeinschaft. Doch an der Wahrung der persönlichen Werte muss die Ehe ihre Grenzen finden³⁶. So ist im zweiten Fall dem Ehemann die Rückkehr nach Hause nicht zuzumuten, wenn er annehmen kann, dass er tatsächlich in Lebensgefahr schwebt. Verlässt im ersten Fall die Ehefrau ihren Gemahl dennoch, so verhält sie sich schuldhaft. In der Drohung kann aber ein Entschuldigungsgrund erblickt werden. Ihre Schuld ist weniger schwerwiegend.

Das Verhalten wird jedenfalls dann zum schuldhaften Verhalten, wenn die Drohung wegfällt. Der Ehegatte hat die versäumte Erfüllung der ehelichen Pflichten unverzüglich nachzuholen, z. B. in den vorerwähnten Fällen sofort zum Ehepartner zurückzukehren.

Abschnitt 2

Verhältnis der Schuld zum Erfordernis der Zerrüttung.

Es gibt im Ehescheidungsprozess zwei Aspekte der Schuld eines Ehegatten. Die Schuld wird je nach dem Stadium des Pro-

³⁶ Kommentar Egger. Vorbem. 11 z. 4. Titel: Die Ehescheidung.

zesses verschieden beurteilt. Die erste Phase des Scheidungsprozesses, in der die Schuldfrage zu berücksichtigen ist, ist die Frage nach dem Scheidungsanspruch, die zweite Phase ist die Abwägung der Schuld für die Regelung der Nebenfolgen. Das Verhältnis der Schuld zur Zerrüttung wird in beiden Phasen verschieden beurteilt:

a) Beim Scheidungsanspruch muss Kausalität zwischen der Verletzung ehelicher Pflichten und der tiefen Zerrüttung bestehen. Da die tiefe Zerrüttung für den Scheidungsanspruch Voraussetzung ist, kann ein schuldhaftes Verhalten auf diesen nur dann einen Einfluss haben, wenn es zur Zerrüttung kausal war. Tatsachen, die mit der Zerrüttung nicht eng zusammenhängen, werden nicht berücksichtigt. Eine Verletzung ehelicher Pflichten, die keine Zerrüttung verursacht hat oder zur Entstehung einer Zerrüttung nicht mitgewirkt hat, kann im Bereiche des Zerrüttungsprinzips nicht an und für sich schon einen Scheidungsanspruch abgeben. Umgekehrt kann eine Verletzung ehelicher Pflichten, die zur Zerrüttung nicht kausal war den verletzenden Ehegatten von seinem Klagerecht nicht ausschliessen. Einen einmal erworbenen Scheidungsgrund verliert der Ehegatte nicht nachträglich durch eine selbstverschuldete ehewidrige Handlung. Eine andere Lösung wäre mit dem Zerrüttungsprinzip unvereinbar.

In welchen Fällen knüpft nun das Gesetz Folgen an die Schuld bei der Frage nach dem Scheidungsanspruch?

Eine schwere Verletzung ehelicher Pflichten, die einen speziellen Scheidungsgrund erfüllt, legitimiert den verletzten Ehegatten zu einer Scheidungsklage, Art. 137—140. Im Bereiche des Zerrüttungsprinzips kann das nichts anderes heissen, als dass der Kausalzusammenhang zwischen der Verletzung und der Zerrüttung bei Vorliegen eines speziellen Scheidungsgrundes von Gesetzes wegen vermutet wird. Die Parteien müssen ihn nicht mehr beweisen. Diese Feststellung erlaubt den Rückschluss, dass bei erwiesenem Nichtvorliegen des Kausalzusammenhanges eine Abweisung der Klage möglich ist. Diese Überlegung ist zwar im Gesetze nicht festgehalten, basiert aber auf allgemeinen Regeln des Scheidungsrechts, die ihrerseits nur auf Art. 2 gestützt werden können. Es ist klar, dass grosse Zurückhaltung geboten ist. Nur in krassen

Fällen kann eine Abweisung der Klage in Frage kommen. Dieser Ansicht ist auch das Bundesgericht.³⁷

Die tiefe Zerrüttung, von der der allgemeine Scheidungsgrund, Art. 142, spricht, kann auch ohne ein Verschulden eines Ehegatten entstanden sein. Wenn aber eine Verletzung ehelicher Pflichten im Zerrüttungsbeweis geltend gemacht wird, so muss zugleich der Beweis des Kausalzusammenhanges zwischen der Verletzung und der Zerrüttung erbracht werden. Die speziellen Scheidungsgründe stellen einen Katalog der schwersten Verletzungen ehelicher Pflichten dar. Dieser kann nicht umfassend sein, denn die Aspekte des Ehelebens sind unbegrenzt mannigfaltig. Eine Analogie zwischen einer Verletzung ehelicher Pflichten, die in den speziellen Scheidungsgründen aufgeführt ist, und einer Verletzung, die darin nicht aufgenommen wurde, wohl aber den gleichen Grad der Schwere erreicht, ist sicher am Platze, z.B. schwere Misshandlung eines ehelichen Kindes, Vertrölen des Vermögens des Ehepartners. Je schwerer die Verletzung ehelicher Pflichten ist, desto weniger eingehend muss der Kausalzusammenhang zwischen ihr und der Zerrüttung bewiesen werden.

Die Einschränkung des Scheidungsanspruches in Art. 142 Abs. 2 ist nur dann gerechtfertigt, wenn die Schuld des Ehegatten die an der Zerrüttung vorwiegend kausale Schuld war. Die gleiche Überlegung drängt sich bei der Beurteilung der Zerrüttung im Scheidungsprozess auf, durch welchen eine gerichtliche Trennung in eine Scheidung umgewandelt werden soll. Art. 148 Abs. 1 spricht ausdrücklich von den Tatsachen, auf die die Scheidung gegründet wird, m. a. W. die zur definitiven Zerrüttung kausal waren.

Nach der Intensität des Kausalzusammenhanges wird für die Frage des Scheidungsanspruches auch die Intensität der Schuld eines Ehegatten beurteilt.

b) Bei der Regelung der Nebenfolgen ist die Kausalität der Verletzung ehelicher Pflichten zur Zerrüttung nicht mehr ausschlaggebend. Zweck der Regelung ist eine möglichst gerechte Verteilung der Vor- und Nachteile nach der Scheidung.

³⁷ BGE 53 II 196 f. und 56 II 156 ff.: Dass die Ehrenkränkung zu einer Zerrüttung nicht kausal war, haben die Ehegatten durch ihr weiteres Zusammenleben nach dem Trennungsurteil bewiesen. Die Trennung erfolgte also zu Unrecht.

Die Schuld muss hier eine andere Bewertung finden als bei der Frage nach dem Scheidungsanspruch. Das gesamte Verhalten des Ehegatten muss klar zum Ausdruck kommen. Seine sämtlichen schuldhaften Verhaltensmomente müssen ihre Berücksichtigung finden. Die Frage nach der Kausalität zur Zerrüttung tritt in den Hintergrund. In diesem Sinne liegt auch die Praxis des Bundesgerichtes: „In Betracht fällt überhaupt jede Betätigung ehewidriger Gesinnung, selbst, wenn die Ehe schon vorher unheilbar zerrüttet war“.³⁸

Die Nebenfolgen, die in Funktion der Schuldanteile geregelt werden, sind die finanziellen Leistungen bei der Scheidung und die Aussprechung einer Wartefrist, Art. 150—152. Aber auch für die Zuteilung der Kinder ist es unumgänglich, dass eine möglichst umfassende Einbeziehung aller schuldhaften Verhaltensmomente vorgenommen werden, damit der Richter ein klares Bild über das Vorleben der Ehegatten erhalte.

Abschnitt 3

Erscheinungsformen der Schuld

a) Verschulden kann im Ehescheidungsrecht nur immer subjektives Verhalten bedeuten. Objektives Verschulden kennt nur der Sprachgebrauch und meint damit die Kausalität von Tatsachen, die mit dem Verhalten eines Ehegatten zusammenhängen, zu einer Zerrüttung, z. B. wegen der Unvorsichtigkeit eines Ehegatten brennt das Haus nieder, entsteht infolgedessen eine Zerrüttung der ehelichen Gemeinschaft, so ist die Unvorsichtigkeit des Ehegatten wohl kausal zur Zerrüttung, nicht aber ein schuldhaftes Verhalten im Sinne des Ehescheidungsrechtes.

b) Man kann unterscheiden zwischen direktem und indirektem Verschulden. Es gibt unzählige Arten, eheliche Pflichten und Rechte zu verletzen. Unter den ehelichen Pflichten gibt es solche, die ein Verhalten erfordern, dessen Wirkung in erster Linie

³⁸ BGE 55 II 17, vgl. auch 71 II 49 ff.

den Ehepartner berührt, z. B. seinen Charakter an den des Ehepartners anpassen, den Ehepartner nicht misshandeln. Es gibt aber auch Pflichten, die im Interesse der Gemeinschaft Ehe von den Ehegatten eine bestimmte Art des Verhaltens gegenüber Dritten oder der Allgemeinheit verlangen, z. B. kein Verbrechen zu begehen, seine Ehre intakt zu bewahren. Je nachdem eine der ersten oder der letzteren Pflichten verletzt wurde, können wir von direktem oder indirektem Verschulden sprechen. Das indirekte Verschulden ist nur mittelbar der Ausdruck eines gemeinschaftswidrigen Verhaltens. Es ist gut denkbar, dass ein Verbrecher sich im Rahmen der ehelichen Gemeinschaft korrekt benehme. Dem Ehegatten soll aber nicht zugemutet werden, mit einem Ehegatten zusammenzuleben, der sich gegen Dritte oder gegen die Allgemeinheit rechtswidrig oder sittenwidrig verhalten hat. Einen genaueren Masstab gibt das Gesetz in Art. 139: Der Ehegatte, der seine Ehre durch ein entehrendes Verbrechen oder einen unehrenhaften Lebenswandel befleckt hat, wird als Stein des Anstosses für seinen Ehepartner betrachtet. Indirektes Verschulden kann auch beim Zustandekommen einer tiefen Zerrüttung des Art. 142 mitgewirkt haben, z. B. zänkisches Verhalten des Ehegatten gegen gemeinsame Bekannte. Das deutsche BGB unterscheidet in seinem allgemeinen Scheidungsgrund der schuldhaften Zerrüttung § 1568 ausdrücklich zwischen der Verletzung ehelicher Pflichten und ehrlosem oder unsittlichem Verhalten. Diese Unterscheidung entspricht der Unterscheidung zwischen direktem und indirektem Verschulden. Es liegt nicht fern, ehrloses und unsittliches Verhalten auch als Verletzung der ehelichen Pflichten zu betrachten.

Der Wert dieser Unterscheidung liegt in der Erkenntnis, dass die persönliche Stellungnahme des erleidenden Ehegatten im Falle des indirekten Verschuldens keinen Einfluss hat auf die Ansprüche, die ihm daraus erwachsen. Insbesondere kann eine Verzeihung dieses Verhaltens die Klage nicht ausschliessen. Ein Verhalten des sen Spitze nicht gegen ihn gerichtet ist, kann der Ehepartner nicht verzeihen.³⁹ Im Falle von indirektem Verschulden handelt es sich ja nicht um eine unmittelbare Beleidigung des Ehepartners, sondern um das „Schimpflichwerden“ des Ehegatten. Welche Situation sich

³⁹ — so Thurnheer S. 98 f.; BGE 53 II 196; a. M. Knus S. 228.

später aus diesem Zustand ergeben wird, kann der Ehepartner nicht voraussehen.

c) Jede Verletzung ehelicher Pflichten ist in zweifacher Hinsicht rechtswidrig:

1. als Beleidigung des Ehepartners,
2. als Verletzung der Allgemeinheit, d. h. des Institutes Ehe.

Der Ehepartner ist durch jede Verletzung ehelicher Pflichten verletzt, denn eheliche Pflichten können sich nur auf ihn beziehen. Das Wort „ehelich“ drückt immer eine Beziehung zwischen den Ehegatten aus. Wird eine eheliche Pflicht verletzt, so ist immer ein Ehegatte der Täter, der Schuldige, der andere Ehegatte der Betroffene, der Verletzte.

Die Allgemeinheit, vertreten durch den Staat, hat ein grosses Interesse am Fortbestand gesunder Ehen. Eine gesunde Ehe ist die Vorbedingung zu einer gesunden Familie; die Familie ist der Grundstein des Staates. In der Familie wird die kommende Generation herangebildet; die Familie ist der natürliche Verband, in dem der Einzelne zum Gemeinschaftssinne erzogen wird. In der Gemeinschaft Ehe findet der Einzelne seine seelische Ergänzung. Das Triebleben von Mann und Frau erfährt eine natürliche Bahnenlenkung. Diese wichtigen Gründe machen es der Allgemeinheit zur Notwendigkeit, sich um den Bestand der Ehen zu kümmern. Jede schlechte Ehe ist ein verlorenes Glied für die Allgemeinheit und zugleich ein schlechtes Beispiel für alle umgebenden Ehen. Durch die Verletzung ehelicher Pflichten muss sich auch die Allgemeinheit verletzt fühlen.

Wir können also zwischen einem Einzelinteresse der Ehegatten und einem Allgemeininteresse an der Nichtverletzung ehelicher Pflichten unterscheiden⁴⁰. In welcher Weise die Verletzung dieser Interessen Wirkungen zeitigt, soll hier untersucht werden.

Einzelinteresse. Bei der Frage nach dem Scheidungsanspruch ist im speziellen Fall nur die Verletzung der Einzelinteressen zu berücksichtigen. Die Auflösung einer Ehe liegt immer nur im Interesse der Ehegatten, aber nicht a priori im Interesse der Allgemeinheit. Wurde das Interesse des Ehegatten

⁴⁰ Gisi S. 419 ff.

so schwer verletzt, dass ein Scheidungsgrund erfüllt ist, so ist auch die Allgemeinheit so schwer verletzt, dass kein Allgemeininteresse mehr an der Aufrechterhaltung der Ehe über den Willen der Parteien hinaus besteht⁴¹. Das Mindestmass an Schuld, das für den Scheidungsanspruch erforderlich ist, ist von der Allgemeinheit in den gesetzlichen Scheidungsgründen zum Voraus festgehalten worden. Ebenso sind die Entschädigungs-, Genugtuungs- und Unterhaltsleistungen nach der Scheidung in Funktion der Verletzung des Ehegatten festzusetzen. Die Mitwirkung der Allgemeinheit hört mit der Auflösung der Ehe auf. An der Verletzung der Allgemeinheit kann höchstens eine Straffolge geknüpft werden. Die Leistungen bei der Scheidung tragen privatrechtlichen Charakter. Ihre Festsetzung muss deshalb von den Parteien verlangt werden.

Allgemeininteresse. Die Tatsache, dass die Allgemeinheit durch Verletzung ehelicher Pflichten auch verletzt wird, zieht drei verschiedene Folgen nach sich:

1) Das Allgemeininteresse am Fortbestand der Ehen erfordert eine strenge Prüfung der vorgebrachten Tatsachen durch den Richter. Die Allgemeinheit hat ein Interesse daran, dass die Scheidung nur bei tatsächlichem Vorliegen der angerufenen Scheidungsgründe ausgesprochen werde⁴². Auch kann der vorwiegend schuldige Ehegatte nicht auf Scheidung klagen, Art. 142 Abs. 2. Die Frage der Schuld wird weitgehend auf dem Wege der Officialmaxime geprüft.

2) Die Verletzung des Institutes Ehe ist nicht straflos. Wer eine Ehe zerstört hat, verdient es, dass man ihm Respekt vor diesem Institut beibringe⁴³. Darin liegt der Rechtfertigungsgrund der Wartefrist. Es ist klar, dass die Parteien keinen Antrag stellen und keine Berufung erklären können wegen Auferlegung einer Wartefrist gegen den ehemaligen Ehepartner, denn der Strafanspruch liegt beim Staat; die Wartefrist muss ex officio verhängt werden.

3) Die dritte Folge der Verletzung allgemeiner Interessen ist die strafrechtliche Verfolgung, die im Falle der Scheidung

⁴¹ Gisi S. 437.

⁴² Gisi S. 438.

⁴³ Strebel, Geschiedene Ehen S. 51 f.

wegen Ehebruchs dem Staate zusteht, Art. 214 StGB. Allerdings ist Ehebruch nur auf Antrag strafbar. Es kann aber damit unmöglich gemeint sein, dass dem Rachgefühl des beleidigten ehemaligen Ehepartners Folge gegeben werde; damit soll nur eventuellen entgegenstehenden Interessen des Beleidigten Rechnung getragen werden⁴⁴. Der Strafanspruch kann nur beim Staate liegen; dies entspricht moderner Rechtsauffassung. Schutzobjekt dieses Artikels ist das sittliche Institut der Ehe an und für sich⁴⁵.

Das Gesetz hebt einige Schuld tatbestände hervor, bei deren Vorliegen die Allgemeinheit immer schwer betroffen ist, die speziellen Scheidungsgründe der Art. 137—140, und in Anwendung welcher ohne Zerrüttungsbeweis schon wegen des blossen Vorhandenseins eines Schuld tatbestandes eine Scheidung ausgesprochen werden kann. Als Verletzung des sittlichen Institutes Ehe ist der Ehebruch besonders hervorgehoben. Bei Ehebruch kann die Straffolge der Wartefrist auf drei Jahre verlängert werden, und es kann ein strafrechtliches Verfahren eingeleitet werden.

d) Der Gebrauch des Wortes „schuldig“ im Scheidungsrecht ist ein vielfacher:

Vom schuldlosen Ehegatten sprechen Art. 151 und 152,

von Nicht-schuld-sein Art. 152,

vom schuldigen Ehegatten Art. 138 Abs. 1; 150 Abs. 1 und 151 Abs. 1,

von der vorwiegenden Schuld Art. 142 Abs. 2,

vom ausschliesslich schuldigen Ehegatten Art. 148 Abs. 1.

Es sei nochmals darauf hingewiesen, dass es zum Zustandekommen eines Scheidungsanspruchs nicht immer der Schuld eines Ehegatten bedarf. Andere Umstände können zur Zerrüttung kausal sein. Das Gesetz meint darum unter dem Ausdruck ausschliesslich schuldiger Ehegatte nicht den Ehegatten, dessen Schuld allein eine Zerrüttung verursachte. Die Begriffe „schuldlos, Nicht-schuld-sein, schuldig, vorwiegend schuldig und ausschliesslich schuldig“ können vielmehr nur ein Verhältnis zwischen der

⁴⁴ Pfenninger, Festschrift Egger S. 293; Cathomen S. 40.

⁴⁵ — vgl. darüber Cathomen S. 94 ff. und die dort zitierte Literatur; so auch Pfenninger, Festschrift Egger S. 280 ff. Die Bestrafung des Dritten als Mittäter weist darauf hin, dass nicht nur die eheliche Treue geschützt sein soll.

Schuldanteile beider Ehegatten darstellen. Davon gibt es zwei Ausnahmen: Das Wort „schuldig“ in Art. 138 Abs. 3, das den Ehegatten bezeichnen soll, der als Täter einen Tatbestand des Art. 138 erfüllt hat und das Wort „schuldig“ in Art. 150 Abs. 1, das den Ehegatten bezeichnet, der eine Bestrafung in Form einer Wartefrist verdient hat.

In jeder Anwendung nimmt das durch den Begriff Schuld ausgedrückte Verhältnis einen andern Aspekt an. Im Einzelnen wird später darauf zurückzukommen sein.

e) Schuld ist Präjudizialfrage. Im deutschen sowie im französischen Scheidungsrecht kann eine Scheidung nur immer gegen einen oder gegen beide Ehegatten ausgesprochen werden. Mindestens ein Schuldiger muss erhalten. Nach BGB § 1574 muss sogar im Scheidungsurteil ein Ehegatte schuldig erklärt werden. Anders im schweizerischen Recht. Die Scheidung wird wegen der Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses ausgesprochen. Das schweizerische Recht lehnt den Gedanken einer Satisfaktion des vielleicht unschuldigen Ehegatten durch die obligatorische Proklamation eines schuldigen Ehegatten ab. An die Schuld werden hingegen verschiedene Folgen geknüpft. Die Lösung der Schuldfrage gehört deshalb in die Motive des Urteils. In diese Richtung weist auch die konstante Praxis des Bundesgerichtes⁴⁶. Dementsprechend ist eine Berufung in der Schuldfrage nur dann möglich, wenn im Zusammenhang damit eine Änderung des Scheidungserkenntnisses oder der Regelung der Nebenfolgen angestrebt wird⁴⁷.

Abschnitt 4

Berücksichtigung der Schuld (Scheidungsanspruch und Schuldrechnung).

Im Verlaufe des Scheidungsprozesses muss in zwei verschiedenen Phasen eine Abwägung der Schuld vorgenommen werden. Zu-

⁴⁶ BGE 40 II 573, 64 II 100.

⁴⁷ BGE 47 II 247, 68 II 337, 69 II 348.

erst muss die Frage, ob ein Scheidungsgrund vorliege, im Lichte der Schuldverhältnisse beantwortet werden. Das ist die Frage nach dem Scheidungsanspruch. Ist diese Frage positiv entschieden, werden die Nebenfolgen in Funktion der Schuldverhältnisse geregelt. Dazu muss eine Schuldrechnung aufgestellt werden.

Scheidungsanspruch. Einen Anspruch auf Scheidung hat der Ehegatte dessen Ehepartner den Tatbestand eines speziellen Scheidungsgrundes oder dessen Ehe den Tatbestand von Art. 142 erfüllt. Trotz Vorliegen einer tiefen Zerrüttung gemäss Art. 142 Abs. 1 hat der Ehegatte keinen Scheidungsanspruch, der die Zerrüttung vorwiegend selbst verschuldet hat. Gleichzeitig mit der Frage nach dem Vorliegen eines Tatbestandes gemäss Art. 137—140 müssen die Klageausschlussgründe untersucht werden. Solche können sein: Verzeihung, Zustimmung, Mitverschulden, Verjährung. Für jeden einzelnen Tatbestand muss die Frage neu entschieden werden; denn in jedem Tatbestand ist die Beurteilung der Verletzung und der Schuld wieder eine andere.

Schuldrechnung. Ein grosser Teil der wirtschaftlichen, familienrechtlichen und strafrechtlichen Folgen der Ehescheidung muss zwecks billiger Verteilung der Ansprüche nach Massgabe der Schuldverhältnisse geregelt werden. Eine Abwägung nach dem Prinzip der Billigkeit muss alle Schuldmomente umfassen. Jede Verletzung ehelicher Pflichten wird in die Waagschale geworfen. Der Ausschlag des Züngleins an der Waage gibt dem Richter den nötigen Masstab für die Regelung der Nebenfolgen. Sogar die Klageausschlussgründe werden in ihrer Bedeutung geschwächt. Verzeihene und verjährte Verletzungen ehelicher Pflichten werden mitgerechnet.⁴⁸ Die Wirkung des Mitverschuldens, der Zustimmung verblasst.

Der Hauptunterschied zwischen Scheidungsanspruch und Schuldrechnung liegt bezüglich der Schuldfrage darin, dass bei der ersteren die Schuld nur in ganz bestimmten, vom Gesetz speziell vorgeschriebenen Fällen berücksichtigt wird, bei letzterer aber eine freie und gerechte Abwägung aller Schuldmomente stattfindet. Das vielleicht harte Urteil, das auf die Untersuchung des Scheidungsanspruches folgte, wird in der Schuldrechnung korrigiert,

⁴⁸ — z. B. BGE 40 II 440, 50 II 319.

z. B.: Ist das Bestehen eines speziellen Scheidungsgrundes erwiesen, so muss die Scheidung auch dann ausgesprochen werden, wenn der Kläger in grösserem Masse als der Beklagte eheliche Rechte und Pflichten verletzt hat: Der Ehemann lebt mit seiner Geliebten und klagt wegen eines einmaligen Ehebruchs seiner Frau auf Scheidung, oder: Die Ehegatten haben einander alle Pflichtverletzungen verziehen; wegen neuer Misshandlungen muss eine Scheidung ausgesprochen werden. In beiden Fällen wird das einseitiganmutende Urteil über den Scheidungsanspruch durch die gerechtere Verteilung der finanziellen Vorteile einigermaßen korrigiert.⁴⁹

Doch sind beide Abwägungen zeitlich nicht voneinander zu trennen. Gleichzeitig mit der Aussprechung der Scheidung werden auch die Nebenfolgen geregelt. Die Frage nach dem Scheidungsanspruch wird also bei Kenntnis sämtlicher Schuldmomente, die für die Schuldrechnung wichtig sind, beantwortet. Der Nachweis der Schuld geschieht untrennbar verbunden mit dem Nachweis des Scheidungsanspruches.⁵⁰

Abschnitt 5

Die Offizialmaxime

a) Die Offizialmaxime im Ehescheidungsprozess.

Am Bestand der Ehen ist die Allgemeinheit interessiert⁵¹. Dieses Interesse wirkt sich auch im Scheidungsverfahren aus. Art. 158 stellt den prozessualen Schutz des Allgemeininteresses am Bestand der nichtzerrütteten Ehe⁵² dar.

Art. 158 Ziff. 1 bedeutet demnach, dass der Richter selbst dann die Behauptungen der Parteien, die für eine Zerrüttung sprechen, als bestritten zu betrachten hat, wenn die Parteien über diese Behauptungen einig sind. Darüber hinaus hat der

⁴⁹ — so auch Seeger 148a.

⁵⁰ — vgl. Gisi S. 468.

⁵¹ — vgl. oben Kapitel 2, Abschnitt 3; Gisi S. 419 f; Pruppacher S. 37; Pflughart S. 221 ff.

⁵² Gisi S. 446.

Richter die Pflicht, sämtliche Tatsachen ex officio zu berücksichtigen, die den Scheidungsanspruch verneinen⁵³. Trifft eine Tatsache zu, die die Erfüllung eines Scheidungstatbestandes ausschliesst, so darf eine Klage auf Trennung oder Scheidung nicht gehört werden.

b) Schuld.

Die Frage der Prüfung der Schuld ist je nach dem geltend gemachten Scheidungsgrund eine verschiedene. Ein spezieller Scheidungsgrund der Art. 137–140 kann nur dann angerufen werden, wenn ein schuldhaftes Verhalten vorliegt. Das Vorhandensein der Schuld muss in diesen Fällen vom Kläger bewiesen werden. Das Nichtvorhandensein der Schuld ist eine scheidungsverneinende Tatsache und ist ex officio zu prüfen. Wird der allgemeine Scheidungsgrund geltend gemacht, so gilt obiges für sämtliche vorgebrachten Schuldtatbestände. Da aber der Scheidungsanspruch vom Bestehen einer tiefen Zerrüttung abhängt, kommt für die Begründung der Scheidungsklage der Schuld eine geringere Bedeutung zu. Dagegen ist im Rahmen von Art. 142 Abs. 2 die vorwiegende Schuld des Klägers nach dem Wortlaut des Gesetzes ein Klageausschlussgrund und ist als solcher ex officio zu berücksichtigen⁵⁴. In logischer Folgerung kommt man zum Schluss, dass die Frage der Schuld in allen Scheidungsprozessen aufgeworfen werden muss. Auch anderweitige Überlegungen führen zu dieser Feststellung:

Das Gesetz (Art. 150) schreibt dem Richter zwingend vor, dem an der Scheidung schuldigen Ehegatten ein Eheverbot aufzuerlegen. Da der Richter sich nur auf Tatsachen berufen darf, von deren Vorhandensein er sich überzeugt hat, muss er die tatsächlichen Schuldverhältnisse prüfen.

Die Regelung der finanziellen Nebenfolgen wird vom Richter auf Antrag der Parteien vorgenommen, auch Vereinbarungen zwischen den Parteien bedürfen der richterlichen Genehmigung. Die Verbindlichkeit der Verpflichtungen beruht auf dem Richter-

⁵³ Gisi S. 441; Pruppacher S. 38.

⁵⁴ Gisi S. 455; Pruppacher S. 51. — Im Einzelnen siehe unten Kapitel 5, Abschnitt 7.

spruch⁵⁵. Die Verteilung der finanziellen Verpflichtungen wird in Funktion des Schuldverhältnisses vorgenommen (Art. 151 und 152). Wie soll der Richter eine gerechte Regelung treffen oder auch nur billigen können, wenn ihm die Elemente der Einschätzung fehlen?⁵⁶ Durch die Kenntnis der Schuldverhältnisse kann der Richter auf den Grund einer rechtswidrigen Abmachung stossen, z. B. ein Ehegatte erreicht von seinem Ehepartner die Einwilligung in die Scheidungsklage, indem er ihm grosse Unterhaltsbeiträge verspricht; ein Ehegatte verspricht seinem Ehepartner, ihm die Kinder zu überlassen, wenn er auf Unterhaltsbeiträge verzichtet. Die dem Masse der Schuld nicht angemessene Höhe der Ansprüche und Zugeständnisse weckt die Aufmerksamkeit des Richters. Obschon die Zuteilung der Kinder nicht vornehmlich nach Massgabe der Schuldrechnung, sondern gemäss den Interessen der Kinder vorgenommen wird, gibt die Kenntnis über die Schuldverhältnisse dem Richter dafür nicht zu missende Anhaltspunkte.

Die Frage, ob auf die Schuld immer einzugehen sei, ist in Doktrin und Praxis oft in Verkennung des Gesetzes heftig umstritten. Darauf wird bei den einzelnen Gesetzesbestimmungen zurückzukommen sein. Hier sei nur noch darauf hingewiesen, dass die Untersuchung der Schuldfrage den Scheidungsanspruch nicht abschliessend zu regeln vermag, dass aber für die Regelung der Nebenfolgen Klarheit über die Schuldverhältnisse unumgänglich ist.

c) Grenzen der Offizialmaxime bei der Untersuchung der Schuld.

Wie es im Allgemeininteresse liegt, dass eine Scheidung nur dann ausgesprochen werde, wenn tatsächlich ein gesetzlicher Grund dafür besteht, so ist die Öffentlichkeit auch daran interessiert, dass die Parteien glimpflich voneinander scheiden. Es soll den Parteien nicht vorenthalten sein, gewisse beschämende Tatsachen nicht vorzubringen. Dadurch wird allgemeines Ärgernis vermieden, die Ehegatten geraten einander nicht in die

⁵⁵ BGE 60 II 80; 60 II 169; 62 II 5.

⁵⁶ Strebel, Ferienkurs S. 30.

Haare, ihre Würde ist vor den Kindern gewahrt. Das öffentliche Interesse an der Bestrafung des Schuldigen weicht vor diesen Werten zurück.

Nicht zutreffend ist aber die Ansicht Pruppachers⁵⁷, dass für nicht vorgebrachte Tatsachen immer Verzeihung oder Zustimmung zutrefte, wenn beide Parteien ein Interesse an der Maskierung hätten. Tatsachen können auch aus eigennützigen Motiven verschwiegen worden sein, z. B. der Ehepartner hält Gegenrecht oder die eigene Ehre erlitte bei der Darstellung eine Beeinträchtigung.

Auf alle Fälle ist der Richter an den Prozess-Stoff gebunden⁵⁸. Nur innerhalb des vorgebrachten Prozess-Stoffes hat er sich nach Schuld tatbeständen umzusehen.

Die Aussagen der Parteien hat der Richter auf ihre Richtigkeit hin zu prüfen. Vor allem hat er zwischen Ursache und Wirkung zu unterscheiden. Besonders beim Scheidungsgrund der tiefen Zerrüttung muss sich der Richter möglichst tief in den ehelichen Konflikt hineindenken. Es ist sehr wichtig, dass er erkenne, wie und weswegen die Zerrüttung entstanden ist. Durch das Beweismittel der Parteibefragung⁵⁹ ist den Einzelheiten vielleicht näher zu kommen. Das Gesetz stellt hier grosse Anforderungen an den Richter. Die Gefahr einer ungerechten Schuldverteilung besteht, denn der Richter ist nicht Psychologe und, selbst wenn er es wäre, wäre eine fehlerhafte Beurteilung nicht immer zu vermeiden. Durch Zufall kann der Richter auf ein Schuldmoment eines Ehegatten stossen, viel grössere des Ehepartners aber übersehen. Eine gewisse Zurückhaltung ist daher bei der Beurteilung der Schuldverhältnisse am Platze, vornehmlich im Hinblick auf die Regelung der Nebenfolgen.

d) Abwesenheit einer Partei.

Die Stellung des Richters im Scheidungsprozess tritt besonders deutlich hervor, wenn eine Partei ausbleibt.

⁵⁷ S. 53.

⁵⁸ Gisi S. 218; Pruppacher S. 53; Pflughart S. 222.

⁵⁹ Gerwig, Ferienkurs S. 44.

Bleibt der Kläger aus, so wird über kurz oder lang von der Klage Abstand genommen.

Nicht so, wenn der Beklagte ausbleibt. Der Richter darf im Scheidungsprozess nicht die unbestrittenen Behauptungen des Klägers als erwiesen annehmen. Der Richter hat getreu der Offizialmaxime (Art. 158 Ziff. 1) vom Kläger Beweise abzunehmen⁶⁰. Der Richter vertritt nicht den abwesenden Beklagten, sondern das allgemeine Interesse am Fortbestand der Ehen und an der Verweigerung der Scheidung, wenn kein Scheidungsgrund erfüllt ist. Hinsichtlich der Schuld ist in diesem Falle grösste Vorsicht am Platze. Das Nichtvorliegen der Schuld als scheidungsverneinende Tatsache bei einem speziellen Scheidungsgrund muss der Richter mit Strenge untersuchen; ebenso verhält es sich mit der Abweisung der auf Art. 142 gestützten Klage des vorwiegend schuldigen Ehegatten. Die nach Massgabe der Schuldverhältnisse zu regelnden Nebenfolgen können nur unbefriedigend geregelt werden, insbesondere Wartefristen, denn eine Strafe darf nur dann verhängt werden, wenn eine sehr grosse Wahrscheinlichkeit des Vorliegens einer Schuld besteht. Dagegen verzichtet der Beklagte durch seine Abwesenheit auf vermögensrechtliche Ansprüche. So weit geht der Schutz des ZGB nicht. Nur die Anträge des Klägers werden vom Richter entsprechend der Schuldrechnung berücksichtigt. Das Allgemeininteresse geht immerhin so weit, dass der Richter zu prüfen verpflichtet ist, ob die Scheidung für den allein anwesenden Kläger nicht zu einem Geschäft werde.

⁶⁰ Gisi S. 441; Pruppacher S. 55; Pflughart S. 220; Wiget, Festschrift Egger S. 328.

3. Kapitel

Schuld und Scheidungsanspruch

Ein Scheidungsanspruch besteht nur immer dann, wenn das eheliche Verhältnis tief zerrüttet ist. Die tiefe Zerrüttung ist aber, abgesehen vom Moment der persönlichen Empfindlichkeit der Ehegatten, die Komponente aller ehewidrigen Umstände, die etwa sind: mangelnde Erziehung zur Gemeinschaft, ehezerstörende äussere Gegebenheiten (etwa das Zusammenleben mit den Schwiegereltern), schuldhaftes Verhalten eines Ehegatten. An dieses letzte Merkmal knüpft das Gesetz verschiedene Folgen. Im Folgenden soll untersucht werden, inwiefern die Auswirkungen schuldhaften Verhaltens auf den Scheidungsanspruch durch anderweitige Erwägungen eine Abänderung erfahren können.

Abschnitt 1

Schuldkompensation.

I. Wesen und Anwendung.

Im Sinne des Ehescheidungsrechts ist unter Schuldkompensation ein Schuldbewertungsverfahren zu verstehen, nach welchem die Schuldmomente der beiden Ehegatten gegeneinander abgemessen und voneinander subtrahiert werden, so dass am Schluss nur noch einem oder keinem von beiden Ehegatten Schuldmomente belastet werden können⁶¹.

Das Prinzip der Schuldkompensation gilt im schweizerischen Ehescheidungsrecht nicht. Zu dieser Erkenntnis führen verschiedene Ueberlegungen:

a) Das ZGB schweigt sich darüber aus⁶². Die Schuldkompensation ist eine positive Schuldbewertungsmethode. Eine solche

⁶¹ — vgl. Knus S. 252.

⁶² Knus S. 251.

kann nicht als vermutet gelten. Schon unter der Herrschaft des ZEG hat das Bundesgericht die Schuldkompensation verworfen⁶³. Diese Praxis wurde bereits im Jahre 1912 unter der Herrschaft des ZGB bestätigt⁶⁴.

b) Das Schuldkompensationsprinzip ist mit dem Zerrüttungsprinzip völlig unvereinbar. Gerade dort, wo beiderseitige schwere eheliche Verfehlungen die Ehe zerrüttet haben, wäre eine Scheidung nicht möglich⁶⁵. Sowohl für den generellen als auch für den speziellen Scheidungsgrund ist das Schuldkompensationsprinzip deshalb ausgeschlossen⁶⁶.

c) Die Methode der Schuldkompensation ist insofern unsittlich, als sie dem weniger schuldigen Teil die Möglichkeit gibt, seinerseits die Ehe bis zur Konkurrenz seines Verschuldens mit dem Verschulden des Ehepartners zu verletzen, ohne sich der Gefahr einer Scheidung auszusetzen. Dadurch würde das Verschulden des Ehepartners nachträglich legitimiert⁶⁷. Auch der beleidigte Ehegatte kann die Pflicht nicht abschütteln, sich gemeinschaftsfördernd zu verhalten. Verhält er sich schuldhaft, so begründet er mit der Zeit auch gegen sich einen Scheidungsanspruch des früher allein oder überwiegend schuldigen Ehegatten⁶⁸.

Der Effekt, der durch die Kompensation der Schuld erzielt würde, wird zum Teil durch die Anwendung des Zumutbarkeitsprinzipes erreicht. Der klägerische Ehegatte, der selber eheliche Pflichten verletzte, darf für Verletzungen ehelicher Pflichten seines Ehepartners nicht mehr so empfindlich sein⁶⁹. Einem Ehegatten, dem ein Verschulden zur Last fällt, kann das weitere Zusammenleben trotz der Verfehlungen des Ehepartners oft viel besser zugemutet werden, als einem schuldlosen, der die Scheidung begehrt, z. B. wenn eine Frau sich nur liederlich ihres Mannes an-

⁶³ BGE 31 II 19; 31 II 586.

⁶⁴ BGE 38 II 59; Seeger S. 158a.

⁶⁵ Roth S. 39.

⁶⁶ Seeger S. 158a.

⁶⁷ Knus S. 252; Grisel S. 322; BGE 38 II 56, 55 II 16, 57 II 247, 68 II 65.

⁶⁸ Seeger S. 150a f.

⁶⁹ Knus S. 253; Seeger 158a; BGE 31 II 586.

nimmt und der Ehemann dem Trunke anheimfällt. Der Ehefrau kann ein weiteres Zusammenleben zugemutet werden, denn durch ihr Verhalten hat sie gezeigt, dass sie an die Ehe nicht so hohe Anforderungen stellt. Was sie dem Manne zu ertragen zumutete, soll sie selbst auch tragen können. Sie soll erst alles probieren, um ihren Mann wieder auf einen besseren Weg zu bringen. Das Verschulden beider bleibt bestehen, doch wird indirekt eine Kompensation ihres Verschuldens in der Frage nach dem künftigen Zusammenleben vorgenommen.

II. Abgrenzung gegen Art. 142, Abs. 2.

Eine scheinbare Kompensation liegt darin, dass beim allgemeinen Scheidungsgrund der vorwiegend schuldige Ehegatte nicht auf Scheidung klagen kann. Der prinzipielle Unterschied zwischen Schuldkompensation und der Bestimmung des Art. 142, Abs. 2 ist der, dass bei Schuldkompensation das Verschulden der Ehegatten gegenseitig subtrahiert und nur die Differenz des Verschuldensausmasses berücksichtigt wird, in Anwendung des Art. 142, Abs. 2 aber das Verschulden jedes Ehegatten in seiner Ganzheit zu berücksichtigen ist und der, der ein grösseres Verschulden aufweist, von der Klage ausgeschlossen wird.⁷⁰ Wäre Art. 142, Abs. 2 ein Anwendungsfall des Schuldkompensationsprinzips, so könnte nur immer derjenige Ehegatte auf Scheidung klagen, dessen Schuldkonto durch die Subtraktion des Verschuldens des Ehepartners auf Null gefallen wäre.

III. Schuldkompensation und Strafanspruch

In einem einzigen Fall kommt die Schuldkompensation zur Geltung, im Falle des Art. 214 St. G. B., Strafanspruch gegen den Ehebrecher. Art. 214, Abs. 2 St. G. B. bestimmt: „War zur Zeit der Tat die häusliche Gemeinschaft aufgehoben, oder hatte der antragstellende Ehegatte selbst Ehebruch begangen oder sich einer der in Art. 138 – 140 des Zivilgesetzbuches genannten Handlungen schuldig gemacht, so kann der Richter von einer Bestrafung Umgang nehmen.“ Mit den Prinzipien des zivilen Ehescheidungs-

⁷⁰ Knus S. 252.

rechts ist diese strafrechtliche Bestimmung nicht vereinbar. Der Strafanspruch liegt entsprechend der modernen Auffassung des Strafrechts beim Staat. Diese Einschränkung lässt sich nur als Rest der alten Überlieferung erklären, nach welcher der Strafanspruch gegen den Ehebrecher beim betrogenen Ehegatten lag.⁷¹

Abschnitt 2

Zumutbarkeit

I. Absolute und relative Scheidungsgründe

Absolute Scheidungsgründe sind die Gründe, bei deren Vorliegen der Richter ohne Prüfung der Zumutbarkeit der Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft eine Scheidung aussprechen muss. Relative Scheidungsgründe hingegen geben erst dann einen Scheidungsanspruch, wenn die Nichtzumutbarkeit der Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft bewiesen ist. Als absolute Scheidungsgründe gelten im schweizerischen Ehescheidungsrecht: Ehebruch, Nachstellung nach dem Leben, schwere Misshandlung, entehrendes Verbrechen und Verlassung. Oft wird auch der Scheidungsgrund der schweren Ehrenkränkung dazugezählt. Da aber das Erfordernis der Schwere unter anderem nach dem Empfinden des Ehegatten beurteilt wird, gehört er wohl eher zu den relativen Scheidungsgründen. Diese sind ausserdem: unehrenhafter Lebenswandel, Geisteskrankheit und der allgemeine Scheidungsgrund der tiefen Zerrüttung.

Dass bei den absoluten Scheidungsgründen nicht auf Zumutbarkeit abzustellen ist, erhellt schon aus den im Gesetz speziell erwähnten Einschränkungen, die bei einigen absoluten Gründen die Klage ausschliessen sollen. Diese sind: Verzeihung, Zustimmung und Verjährung bei Ehebruch, Verzeihung und Verjährung bei den Tatbeständen des Art. 138. Diese Bestimmungen wären bei der Möglichkeit eines Abstellens auf die Zumutbarkeit überflüssig, denn die Zumutbarkeit umfasst begriftsmässig diese Einwände.⁷² Überflüssige Bestimmungen enthält das Gesetz nicht.⁷³

⁷¹ Pfenninger, Festschrift Egger S. 292.

⁷² BGE 53 II 440.

II. Zerrüttung und Zumutbarkeit

Im Zusammenhang mit der Schuldfrage kommt der Unterschied zwischen diesen beiden Begriffen deutlich zum Ausdruck. Das Bestehen der tiefen Zerrüttung wird bei den speziellen Gründen auf Grund des Verschuldens des Ehegatten als bewiesen erachtet. Auch beim allgemeinen Scheidungsgrund bewirkt ein schuldhaftes Verhalten eines Ehegatten oft eine Vermutung der Zerrüttung. Ein schuldhaftes Verhalten vermag aber nicht die Nichtzumutbarkeit der Fortführung der ehelichen Gemeinschaft zu beweisen. Vielmehr ist die wahrscheinliche Entwicklung des ehelichen Verhältnisses das Objekt der Untersuchung. Die voraussehbare Zukunft wird auf Grund des gegenwärtigen Verhältnisses beurteilt. Wichtig ist es dabei, auf den Charakter der Ehegatten, auf die wirtschaftlichen Verhältnisse, auf die Umwelt der Ehegatten einzutreten. Auch die Einschätzung des Vorlebens und des daraus resultierenden, mutmasslichen, zukünftigen Verhaltens der Ehegatten kann natürlich nicht umgangen werden. Aber nur auf diesem indirekten Weg hat das Verschulden der Ehegatten einen Einfluss auf die Frage nach der Zumutbarkeit.

III. Schuld eines Ehegatten und Zumutbarkeit.

Die Verletzung ehelicher Pflichten ist nicht an und für sich schon ein für den Beweis der Nichtzumutbarkeit genügendes Indiz. Die Ehe ist „eine Gemeinschaft auf Gedeih und Verderb, die nicht nur gemeinsames Leid, sondern auch Stösse, Erschütterungen, innere Schwierigkeiten überstehen kann und soll“.⁷³ An die Ehe soll man nicht zu hohe Anforderungen stellen. Es gibt auch eine kleine bescheidene Liebe, z. B.: Es wird erst dann aus dem allgemeinen Grund geschieden, wenn der Ehegatte alles versucht hat, um seinen trunksüchtigen Ehepartner auf bessere Bahnen zu bringen.⁷⁵

⁷³ Grisel S. 291.

⁷⁴ Gerwig, Ferienkurs S. 40 und 48.

⁷⁵ Egger, Scheidung und Scheidungsverfahren S. 419; BGE 68 II 1, 72 II 2.

⁷⁶ Knus S. 131.

Eigenes Verschulden spricht oft für Zumutbarkeit.⁷⁶ Die Ehe ist eine Gemeinschaft, die auf einem Treue- und Vertrauensverhältnis beruht. Damit die Fortführung der ehelichen Gemeinschaft einem Ehegatten zugemutet werden könne, muss ein Mindestmass an gegenseitigem Vertrauen zwischen den Ehegatten bestehen. Hat ein Ehegatte selbst das Vertrauensverhältnis getrübt, so kann er von seinem Ehepartner nicht mehr Vertrauen erwarten, als er ihm selbst gewährt hat. Dem schuldigen Ehegatten kann zugemutet werden, die selber eingebrockte Suppe auszulöffeln und zu versuchen, sich an den Ehepartner anzupassen.

Ist die Zumutbarkeitsfrage bejaht worden, so ist ein Scheidungsanspruch aus einem relativen Scheidungsgrunde ausgeschlossen. Damit wird jedoch die Schuld der Ehegatten nicht gelöscht. Es wird ihnen lediglich zugemutet, das Zusammenleben weiterhin zu probieren. In einem späteren Scheidungsprozess wird das frühere schuldhafte Verhalten der Ehegatten wieder berücksichtigt. Im ersten Prozess werden nur die Wirkungen momentan suspendiert.

Abschnitt 3

Verzeihung

I. Wesen und Voraussetzungen

Verzeihung im Sinne des Ehescheidungsrechts ist die Kundgabe des Willens des beleidigten Ehegatten, die ihm zugefügte Beleidigung seinem Ehepartner nicht nachzutragen.⁷⁷

Für das Zustandekommen einer Verzeihung müssen verschiedene Voraussetzungen erfüllt sein:

a) Eine Verzeihung antwortet immer auf ein schuldhaftes Verhalten des Ehepartners. Eine Verletzung ehelicher Pflichten muss vorliegen. Es ist aber nicht erforderlich, dass die Verletzung bereits einen Scheidungsgrund abgeben könnte.⁷⁸ Ein weiteres Erfordernis der Verzeihung ist, dass der verzeihende Ehegatte sich durch die Verletzung ehelicher Pflichten selber beleidigt fühlt

⁷⁷ Thurnheer S. 3 ff., Knus S. 204.

⁷⁸ — a. M. Thurnheer S. 53.

hat. Eine Verzeihungserklärung für ein Verhalten des Ehepartners, das den Ehegatten gar nicht beleidigte, kann nicht eine Verzeihung im Sinne des Ehescheidungsrechtes bedeuten, denn im Begriff Verzeihung liegt ein Überwinden eines persönlichen Gefühls des Verletztseins.

b) Kenntnis des beleidigenden Verhaltens. Eine Beleidigung kann ein Ehegatte seinem Ehepartner nur verzeihen, d. h. nicht mehr nachtragen, wenn er von ihr weiss oder wenigstens deren Bestehen vermuten musste und konnte.⁷⁹ Kommen nach der Verzeihungserklärung Tatsachen zum Vorschein, die der Verzeihende im Momente der Verzeihung nicht kannte, so kann er sich unbeschwert auf diesen Tatsachen berufen. Ist durch die Verzeihung der frühere Scheidungsanspruch verloren gegangen, so erhält der beleidigte Ehegatte nur dann wieder einen Scheidungsanspruch, wenn die neu bekannt werdenden Tatsachen auf seinen Verzeihungswillen einen Einfluss hätten haben können. Dass nicht jeder neu bekannt werdende Umstand die Wirkungen der Verzeihung ausschliesst, ist aus der sittlichen Auffassung der Ehe als Gemeinschaft zu stetem Zusammenwirken und Sich-überwinden zu folgern. Die Kenntnis der verzeihenen Tatsachen muss aber eine vollständige und umfassende gewesen sein. Aus diesem Grunde ist eine Verzeihung zum Voraus unmöglich, denn dann liegt entweder noch keine Beleidigung des Ehegatten vor oder der Ehegatte kann im Momente der Verzeihungserklärung die Tragweite der Beleidigung noch nicht ermessen.⁸⁰ Aber eine derartige Erklärung kann Zustimmung bedeuten.

c) Urteilsfähigkeit und Wille. Für das gültige Zustandekommen einer Verzeihung ist Urteilsfähigkeit vorauszusetzen⁸¹. Urteilsfähigkeit genügt. Die Verzeihung kann nur vom Ehegatten selbst abgegeben werden, denn sie ist eine höchstpersönliche

⁷⁹ — z. B. BGE 50 II 319 Die Verzeihung erstreckt sich nur auf den Ehebruch, nicht auf die Prostitution, wenn der Ehemann nichts davon wusste.

⁸⁰ Einen Verzicht zum Voraus auf die Geltendmachung der Ansprüche aus rechtswidriger Absicht oder grober Fahrlässigkeit eines Dritten kennt auch das Obligationenrecht (Art. 100) nicht (Guhl S. 168); BGE 62 II 5.

⁸¹ Thurnheer S. 50.

Willenskundgabe. Der Vormund des nichturteilsfähigen geisteskranken Ehegatten kann für diesen keine Verzeihungserklärung abgeben. Sie muss freiwillig⁸² vom Ehegatten selbst abgegeben worden sein, denn der Verzeihungswille des Ehegatten ist bei der Verzeihung das ausschlaggebende Merkmal. Durch die Willenserklärung muss die Absicht der Verzeihung zum Ausdruck kommen, die Fortführung der ehelichen Gemeinschaft ernst zu nehmen. Wesentlich ist nicht die Absicht, einen Rechtsanspruch des Ehepartners zu löschen, sondern der Wille zur Ehe. Deshalb ist die Kenntnis der rechtlich an die Verzeihung geknüpften Wirkungen nicht unerlässlich.

Die Verzeihung hat einige besondere Eigenschaften:

Sie kann speziell oder generell erfolgen. Generell erfolgt sie, wenn alle vergangenen Beleidigungen durch eine einmalige Verzeihungserklärung verziehen sein sollen. Aber auch so bezieht sie sich nur auf bekannte Tatsachen. Etwas anderes käme einer Verzeihung zum Voraus gleich⁸³.

Die Verzeihung kann nur für direkte Verletzungen ehelicher Pflichten rechtswirksam erfolgen⁸⁴. Eine Beleidigung des Ehegatten kann zwar auch in einer indirekten Verletzung ehelicher Pflichten liegen und das ihn unmittelbar treffende Leid kann der Ehegatte wohl verzeihen, aber bei den indirekten Verletzungen ehelicher Pflichten ist der Zustand ausschlaggebend, der durch dieses schuldhafte Verhalten entstanden ist. Der Ehegatte kann die Auswirkungen des moralischen, wirtschaftlichen oder geistigen Elends, das infolge dieser indirekten Verletzung entsteht, nicht zum Voraus verzeihen⁸⁵.

II. Verzeihung und Schuld.

Das Verschulden eines Ehegatten kann nicht durch das nachträgliche Verhalten seines Ehepartners gelöscht werden, denn

⁸² BGE 53 II 440.

⁸³ — z. B. BGE 39 II 181, 40 II 440, 50 II 319.

⁸⁴ — s. oben Kapitel 2, Abschnitt 3.

⁸⁵ BGE 53 II 196.

das Verschulden eines Ehegatten ist zu seiner Entstehung nicht „empfangsbedürftig“. Das Verschulden des Ehegatten bleibt also auch bei Verzeihung durch den Ehepartner bestehen.

In gewissen Fällen aber gelangen durch Verzeihung die Folgen schuldhaften Verhaltens in einen Schwebezustand. Dies ist dort der Fall, wo das Gesetz den Scheidungsanspruch des Ehepartners bei Verzeihung untergehen lässt, so in Art. 137 und 138. Bei den relativen Scheidungsgründen ist in der Verzeihung immer ein Beweis der Zumutbarkeit der Fortführung der ehelichen Gemeinschaft zu erblicken⁸⁶. Es bleibt noch die Frage, ob bei den übrigen absoluten Scheidungsgründen eine Verzeihung auch klageausschliessende Wirkungen zeitigen könne, also beim Scheidungsgrund des entehrenden Verbrechens und bei der Verlassung. Prinzipiell muss gesagt werden, dass man nicht einfach aus Analogiegründen die Verzeihung auf die Scheidungsgründe ausdehnen kann, bei welchen sie nicht genannt wurde⁸⁷. Wenn das Gesetz in einigen Fällen von Verzeihung spricht, so kann man nicht annehmen, in den übrigen Artikeln sei dies vergessen worden. Das Bundesgericht zeigt einen andern Weg, um Härten zu mildern⁸⁸. Im Einzelnen wird bei den speziellen Scheidungsgründen darauf zurückzukommen sein.

Kommt es nach einer Verzeihung doch zu einem Scheidungsprozess, so können die verziehenen Tatsachen nicht allein zur Begründung des Scheidungsanspruchs angebracht werden. Da die Schuld aber durch Verzeihung keineswegs gelöscht wurde, können die verziehenen Verletzungen ehelicher Pflichten zur Unterstützung eines andern, insbesondere des allgemeinen Scheidungsgrundes angerufen werden. Die verziehenen Tatsachen können sogar als Ursache des neuen Scheidungsgrundes angeführt werden⁸⁹.

⁸⁶ BGE 53 II 440.

⁸⁷ Thurnheer S. 98 ff.; a. M. Knus S. 231 f.

⁸⁸ BGE 53 II 196.

⁸⁹ — z. B. BGE 39 II 181 Durch die verziehenen Ehebrüche und Verstösse gegen die Ehe ist ein Misstrauensverhältnis geschaffen worden, das ein erspriessliches Zusammenleben verunmöglicht, ähnlich auch BGE 50 II 319.

Abschnitt 4

Zustimmung.

I. Wesen, Voraussetzungen und Merkmale.

Zustimmung ist die Erklärung eines Ehegatten, dass er das Verhalten seines Ehepartners nicht als Verletzung empfinden werde, empfinde oder empfunden habe.

Für das Zustandekommen einer Zustimmung müssen ähnlich wie bei der Verzeihung verschiedene Voraussetzungen erfüllt sein:

a) Eine Zustimmung im Sinne des Ehescheidungsrechts ist nur dann von Bedeutung, wenn sie sich auf ein Verhalten bezieht, das erfahrungsgemäss eine Verletzung ehelicher Pflichten darstellt. Eine Zustimmung zu einem Verhalten, aus welchem der Ehegatte sich gar nicht verletzt fühlen könnte, ist unbeachtlich.

b) Kenntnis des Verhaltens des Ehepartners. Der zustimmende Ehegatte muss eine umfassende Kenntnis des Verhaltens seines Ehepartners haben, damit er diesem Verhalten rechtswirksam zustimmen könne. Die Zustimmung kann sich nur auf die Tatbestandsmerkmale erstrecken, von denen er annehmen konnte und musste, dass sie sich ereignet hätten oder ereignen würden⁹⁰. Nur Tatsachen, die ihm auch bei Anwendung angemessener Sorgfalt unbekannt bleiben mussten, kann er im Scheidungsprozess als unbekannt anführen und diese nur dann, wenn sie auf seinen Zustimmungswillen einen Einfluss gehabt hätten, wenn er sie gekannt hätte.

c) Für die Zustimmung ist wie für die Verzeihung Urteilsfähigkeit des Zustimmenden erforderlich und genügend. Der Zustimmende muss nicht den Willen haben, seine Zustimmung im Sinne des Ehescheidungsrechts in Anwendung eines bestimmten Artikels zu erklären. Seine Zustimmung folgt vielmehr auf die Einsicht, dass er sich nicht verletzt fühlt.

Zu einer Zustimmung gehören nachfolgende Merkmale:

Die Zustimmung kann vor oder nach Beginn oder Abschluss des Verhaltens abgegeben werden. Erfolgt sie nachträglich, so kann sie nur den Sinn haben, dass der zustimmende Ehegatte das

⁹⁰ BGE 69 II 209.

Verhalten seines Ehepartners billigt: Du hast in meinen Augen nicht ehewidrig gehandelt.

Die Zustimmung kann speziell oder generell erfolgen; doch da sie nur dem zustimmenden Ehegatten bekannte Tatsachen umfasst, ist eine generelle Zustimmung nur nachträglich möglich. Etwas anderes käme einem Verzicht auf das Scheidungsrecht gleich⁹¹.

Die Zustimmung muss deutlich erfolgen, denn es handelt sich um eine positive Einverständniserklärung. Im Unterschied zur Verzeihung, bei welcher nur „post festum“ die Duldung des ehewidrigen Verhaltens ausgedrückt wird, wird bei der Zustimmung ein ehewidriges Verhalten für gut befunden und gebilligt. Deshalb ist eine stillschweigende Zustimmung nur in ganz klaren Fällen als solche anzuerkennen. Dazu sagt das Bundesgericht⁹²: „Schweigen gilt dann als Zustimmung, wenn Redlichkeit oder praktische Vernunft einen Widerspruch gefordert hätten, falls das scheinbare Einverständnis in Wirklichkeit nicht bestand.“

II. Zustimmung und Schuld.

Zwischen Verzeihung und Zustimmung besteht ein fundamentaler Unterschied. Bei der Verzeihung ist das Verhalten des Ehepartners des verzeihenden Ehegatten auf jeden Fall schuldhaft, der Ehegatte drückt lediglich aus, dass er das gemeinsame Leben trotzdem fortführen wolle. Die Verzeihung ist eine Frage der Zumutbarkeit. Die Zustimmung aber kann bereits auf das Entstehen eines Verschuldens einwirken. Eine Verletzung ehelicher Pflichten entsteht nicht immer. Es kommt darauf an, ob der Ehegatte, der sich ehewidrig verhält, bei der Vornahme seiner Handlungen von der Zustimmung wusste oder nicht.

a) Er wusste von der Zustimmung. Der zustimmende Ehegatte kann seinen Ehepartner von gewissen ehelichen Pflichten entbinden. Der Ehegatte, der seinem Ehepartner gestattet, mit einer Drittperson Ehebruch zu begehen, entbindet diesen vorübergehend von seiner Treuepflicht. Da der zustimmende Ehegatte von den Tatbestandsmerkmalen des Verhaltens seines Ehepartners Kennt-

⁹¹ Das wäre rechtswidrig, Thurnheer S. 74 f.

⁹² Entscheid vom 28. 5. 04 zitiert bei Thurnheer S. 74.

nis haben muss, ist es klar, dass er diesen nur in beschränktem Umfang von seinen Verpflichtungen lösen kann. Ist ein Ehegatte von einer ehelichen Pflicht befreit worden, so handelt er in deren Bereich nicht mehr rechtswidrig. Kann der Ehegatte durch das Verhalten seines Ehepartners nicht verletzt werden, so kann es auch die Allgemeinheit nicht. Die Verletzung des Ehepartners ist Minimalerfordernis zu einer Verletzung der Allgemeinheit. Hingegen ist eine Zustimmung zu einem Verhalten, das nur ein indirektes Verschulden begründet, unbeachtlich. Da die Schuld des Ehegatten beim indirekten Verschulden im „Schimpflichwerden“ besteht, kann die Stellungnahme des Zustimmenden die Schuld nicht abschwächen. Zustimmung bedeutet dann nur Zumutbarkeit. Das heisst, dass beim absoluten Scheidungsgrund des entehrenden Verbrechens eine Zustimmung den Scheidungsanspruch nicht auszuschliessen vermag. Es kann folgendes festgehalten werden: War der Ehegatte, dessen Verhalten in Frage steht, über die Zustimmung des Ehepartners unterrichtet, so handelt er nicht schuldhaft mit Ausnahme des Verhaltens, welches ein indirektes Verschulden verursacht. Für den Scheidungsanspruch kann das Verhalten des Ehegatten, dem der Ehepartner zustimmte, nicht angeführt werden, die indirekten Pflichtverletzungen vorbehalten. Zustimmung bedeutet auf alle Fälle Zumutbarkeit.⁹³

b) Er wusste nichts von der Zustimmung. Solange der Ehegatte vom Einverständnis des Ehepartners nichts weiss, bleibt sein Verhalten ein rechtswidriges, wenn es gegen eine eheliche Pflicht verstösst. Trotz der nachträglichen Billigung hat der Ehegatte schuldhaft gehandelt. Eine Scheidungsklage ist nicht ausgeschlossen. Die Behauptung Thurnheers⁹⁴, dass im Unterschied zur Verzeihung die Zustimmung nur dann Wirkungen zeitige, wenn der Ehepartner sie kenne, ist aber nicht zutreffend. Der Scheidungsanspruch geht bei allen relativen Scheidungsgründen verloren, denn Zustimmung bedeutet Zumutbarkeit. In Art. 137 ist die Zustimmung als Klageausschliessungsgrund besonders erwähnt. Im Übrigen wird die Wirkung der Zustimmung bei den einzelnen Scheidungsgründen weiter unten zu untersuchen sein.

⁹³ Beispiele der Zustimmung zum Voraus BGE 52 II 411; 55 II 291.

⁹⁴ S. 75.

Abschnitt 5

Mitverschulden.

I. Wesen und Merkmale.

Unter dem Ausdruck „Mitverschulden“ kann man allgemein ein Mitwirken eines Ehegatten an der Zerrüttung verstehen. Spezieller kann unter diesem Ausdruck auch jedes schuldhafte Verhalten gemeint sein, das ein die ehelichen Pflichten verletzendes Verhalten des Ehepartners hervorgerufen oder gefördert hat, z. B. Provokation beim Misshandlungen; Anstiftung zur Verlassung; Beihilfe bei einem Verbrechen; Vernachlässigung der Pflege des Ehemannes, so dass sich dieser einer andern Frau anschliesst.

Ein Mitverschulden begründet demnach jedes schuldhafte Verhalten eines Ehegatten, das zum Enderfolg des Verhaltens des Ehepartners, zur Verletzung ehelicher Pflichten, teilweise kausal war.

Zu einem Mitverschulden gehören verschiedene Merkmale:

a) Eine Verletzung ehelicher Pflichten muss tatsächlich zu Stande gekommen sein. Dazu ist ein schuldhaftes Verhalten des Ehepartners nötig.

b) Auch der mitschuldige Teil muss schuldhaft gehandelt haben. Wie sein Ehepartner muss auch er schuldfähig⁹⁵ sein. Rechtswidrig ist sein Verhalten, indem es eheliche Pflichten verletzt; denn auch schuldhaftes Mitwirken an einem rechtswidrigen Verhalten ist rechtswidrig.

c) Je nach dem Verhalten des Ehepartners ist ein schuldhaftes Verhalten entweder an und für sich eine Verletzung ehelicher Pflichten, oder es ist nur als Mitverschulden zu werten, so z. B. die Anstiftung zum Ehebruch, je nachdem, ob der Ehebruch erfolgte oder nicht.

d) Den Hauptschuldigen muss ein grösseres Verschulden treffen als seinen Ehepartner.

e) Das Verhalten des mitschuldigen Teils muss kausal zur Hauptverletzung sein. Das Verhalten selbst kann auch eine Unterlassung sein, z. B. Ein Ehemann verbringt alle Abende im Wirts-

⁹⁵ — s. oben Kapitel 2, Abschnitt 1, sub 2a.

haus. Seine Ehefrau schenkte ihm keine Aufmerksamkeit, wenn er da war. Der Mangel an Aufmerksamkeit der Frau ist ein Mitverschulden an der Gleichgültigkeit des Mannes. Aber das Verhalten muss mehr als blosser Wille sein. Dieser wird nur dann berücksichtigt, wenn er dem Hauptschuldigen bekannt war und diesen in seinem Verhalten beeinflusste, denn jemanden dafür zu bestrafen, dass er eine ehewidrige Absicht hegte, überschreitet die Grenzen der Billigkeit, wenn sich diese Absicht nicht in irgend einem Verhalten äusserte. Eine teilweise Kausalität des Verhaltens zum Erfolg ist für jedes schuldhafte Verhalten Voraussetzung. Es ist nicht nötig, dass das Verhalten des mitschuldigen Teils das Verhalten überhaupt oder den Willen des hauptschuldigen Teils bestimmte.

II. Mitverschulden und Schuld.

Das Bestehen eines Mitverschuldens des Ehepartners schliesst prinzipiell die Schuldhaftigkeit des Verhaltens des Ehegatten nicht aus. Der Umstand, dass seinen Ehepartner auch ein Verschulden trifft, berechtigt den Ehegatten nicht zu einem ehewidrigen Verhalten, z. B.: Hat ein Ehegatte seinen Ehepartner durch beleidigende Worte provoziert, so ist dieser deswegen nicht berechtigt, den Ehegatten zu schlagen.

Aber Mitverschulden kann die Schuldhaftigkeit des Hauptverhaltens herabmindern. Im Verhalten des mitschuldigen Ehegatten liegt möglicherweise ein Motiv, das den Willen des Ehepartners teilweise zu entschuldigen vermag, z. B. das unflätige Gebaren des Ehemannes veranlasst die Ehefrau, vor Dritten Böses über ihn auszusagen oder: die Liederlichkeit der Frau veranlasst den Mann, die eheliche Wohnung zu verlassen.

Insbesondere kann Mitverschulden Zustimmung einschliessen. Dies trifft zu, wenn im Mitverschulden alle Voraussetzungen der Zustimmung enthalten sind, z. B. Anstiftung zum Ehebruch. Es gelten dann die bei der Zustimmung angeführten Grundsätze.

Mitverschulden kann auch Zumutbarkeit bedeuten, denn durch ein Verhalten, an dem man schuldhaft mitwirkte, ist man nicht schwer betroffen. Oft lässt aber gerade das Mitverschulden des Ehegatten auf Nichtzumutbarkeit schliessen, z. B. absichtliche Pro-

vokation. Eine Regel lässt sich hier jedenfalls nicht aufstellen. Auch wenn Mitverschulden Zumutbarkeit bedeutet, bleibt die Schuld beider Ehegatten unberührt.

Es ist unbillig, dass ein Ehegatte, der an der Verletzung ehelicher Pflichten durch den Ehepartner ein schweres Mitverschulden trägt, bei einem absoluten Scheidungsgrund in jedem Falle ein Scheidung verlangen kann. Die Einrede des Rechtsmissbrauchs (Art. 2) ist in krassen Fällen am Platze.⁹⁶

Erst in der Schuldrechnung findet das Mitverschulden die ihm gebührende Berücksichtigung.

Abschnitt 6

Passives Verhalten.

Es bleibt noch zu untersuchen, inwiefern nach schweizerischem Recht die Schuld eines Ehegatten durch blosses passives Verhalten, durch Zuwarten des Ehepartners, ihre Wirkungen verliert. Das Gesetz sieht in Art. 137 Abs. 2; 138 Abs. 2; 140 Abs. 1 bis 3 und Art. 141 verschiedene Fristen vor.

Die Fristen der Art. 140 und 141 sind Bestandteile des Klage tatbestandes und gehören daher nicht in diesen Zusammenhang.

Die Fristen der Art. 137 und 138 sind hingegen Klageausschlussfristen. Das Gesetz unterscheidet weiter zwischen Fristen bei Kenntnis und bei Unkenntnis der Verletzung ehelicher Pflichten durch den Ehepartner.

I. Unkenntnis.

Dadurch, dass ein Ehegatte von der Verletzung ehelicher Pflichten durch seinen Ehepartner nichts weiss, wird die Schuld seines Ehepartners nicht vermindert. Erfährt er von einem die Tatbestände der Art. 137 und 138 erfüllenden Verhalten seines Ehepartners, so kann er sofort auf Scheidung klagen. Es liegt jedoch im Interesse der Familie, dass auch unbekannte Fehlritte des Ehepartners mit der Zeit den grössten Teil ihrer schei-

⁹⁶ — so auch Kommentar Gmür N. 5 zu Art. 137, Picot S. 7a, Knus S. 182 ff., a. M. Kommentar Egger N. 3 zu Art. 137.

dungsrechtlichen Wirkungen verlieren. Durch einen Stoss, der sich auf mehrere Jahre zurück bezieht, soll die Ehe nicht mehr zertrümmert werden können. Auch ist oft nach einigen Jahren der wahre Tatbestand gar nicht mehr zu ermitteln. Die Fristen von 5 Jahren bei Unkenntnis in Art. 137 Abs. 2 und 138 Abs. 2 entsprechen einem Allgemeininteresse an der Erhaltung der Ehen. Ist die Ehe nach Ablauf der Fristen dennoch zerrüttet, so steht noch der Weg über Art. 142 offen. Diese Fristen bewirken also keine übermässigen Härten. Sie sind Verwirkungsfristen⁹⁷ und sind schon deshalb, weil sie den Scheidungsanspruch verneinen, von Amtes wegen zu berücksichtigen.

Bei den relativen Scheidungsgründen ist eine Befristung gar nicht nötig. Die Frage nach der Zumutbarkeit passt sich besser an die einzelnen Verhältnisse an als starre Verwirkungsfristen. Art. 140 bleibt auf Grund seines Tatbestandes von klageausschliessenden Fristen unberührt. Nur beim entehrenden Verbrechen stellt sich die Frage, ob eine unbekannte Verletzung ehelicher Pflichten mit der Zeit ihre Wirkung verliere. Die Frage ist schon deswegen zu verneinen, weil es im Gesetze wörtlich heisst, eine Klage sei „jederzeit“ möglich. Ein entehrendes Verbrechen ist eine so schwere Verletzung ehelicher Pflichten, dass ohne das Wissen des Ehepartners eine Verwirkung des Scheidungsanspruches nicht in Frage kommt. Ueberdies handelt es sich um indirektes Verschulden, sodass vor allem auf die äussere Einwirkung der nachfolgenden Situation abgestellt werden muss.

Da das Verschulden des Ehepartners nicht untergeht, kann es in einem späteren Prozess zur Unterstützung eines andern, insbesondere des allgemeinen Scheidungsgrundes, dienen.

II. Kenntnis

Um irgendwelche Wirkungen zu erzeugen, muss die Kenntnis eine vollständige und überzeugende sein⁹⁸. Der Ehegatte muss auch von der Schuldhaftigkeit des Verhaltens des Ehepartners überzeugt sein. Hält er z. B. einen Schuldausschliessungsgrund wie Geisteskrankheit, Irrtum etc. für erfüllt, so ist die Kenntnis

⁹⁷ — so Thomas S. 18; BGE 38 II 26; 65 II 101.

⁹⁸ — vgl. Thomas S. 27 f.

keine vollständige. Blosser Verdacht, teilweise Unkenntnis gelten nicht als Kenntnis. Auf den später bekannt werdenden, vorerst unbekannt gebliebenen Teil des schuldhaften Verhaltens des Ehepartners kann eine Scheidungsklage gestützt werden, wenn dieser Teil schwerwiegende Tatsachen einschliesst, z. B. der Ehemann wusste vom Ehebruch seiner Ehefrau und erfährt erst nachträglich, dass sie sich auch der Prostitution hingab⁹⁹. Die Kenntnis ist mit verschiedenen Folgen behaftet, je nachdem sie vor oder nach Abschluss des schuldhaften Verhaltens erfolgte.

1. Kenntnis nach Abschluss der Verletzung ehelicher Pflichten.

Vom Momente an, in dem die Verletzung ehelicher Pflichten vollendet ist und der Ehegatte von ihr Kenntnis erhalten hat, beginnt in einigen, vom Gesetze erwähnten Fällen eine kurze Verwirkungsfrist zu laufen. Infolge der Kenntnis der Verletzung ehelicher Pflichten, die zu einem Scheidungsanspruch genügen würden, entsteht in der Ehe ein Schwebezustand. Es ist ungewiss, ob der verletzte Ehegatte auf Scheidung klagt oder nicht. Es liegt im Interesse der Allgemeinheit, der Familie und der Ehegatten, dass die Entscheidung, ob die Ehe weiterbestehen solle oder nicht, so bald als möglich falle.¹⁰⁰ Das Gesetz sieht darum in Art. 137 Abs. 2 und 138 Abs. 2 solche Fristen vor. Der Nachteil dieser kurzen Befristung liegt darin, dass die gegenseitige Einräumung einer Bewährungsfrist den Ehegatten verunmöglicht wird. Doch ist dieser Nachteil durch die Möglichkeit einer späteren Scheidung aus dem allgemeinen Scheidungsgrund teilweise behoben. Sowohl die Tatsache, dass der Ehegatte von den Verletzungen ehelicher Pflichten weiss, als auch die Verwirkungsfristen vermögen an der Schuldhaftigkeit des Verhaltens des Ehepartners nichts zu ändern. Die Verwirkungsfristen schliessen zwar eine Scheidungsklage aus, aber in einem späteren Scheidungsprozess können die Verfehlungen, die wegen dieser Verwirkungsfristen zunächst ihre scheidungsrechtlichen Wirkungen verloren hatten, wieder angeführt werden. Sie können sogar den Scheidungsan-

⁹⁹ Beispiel aus BGE 50 II 319.

¹⁰⁰ Thomas S. 14 ff.

spruch bestimmen, wenn eine nur auf Grund der später eingetretenen Tatsachen dargestellte Zerrüttung als nicht genügend erwiesen betrachtet würde, z.B. der Ehemann schilt seine Frau vor Drittpersonen wiederholte Male eine Dirne. Ein Jahr später reicht die Ehefrau Scheidungsklage ein, wegen geringfügiger Beschimpfungen durch den Ehemann vor Dritten.¹⁰¹

2. Kenntnis vor Abschluss der Verletzung ehelicher Pflichten.

Hat der Ehegatte bereits vor oder während des Eintrittes der Verletzung ehelicher Pflichten von dieser Kenntnis erhalten, so hat er die Verletzung ehelicher Pflichten geduldet. Die Duldung setzt voraus, dass der sich passiv verhaltende Ehegatte in der Lage gewesen ist, sich gegenüber dem schuldhaften Verhalten seines Ehepartners anders einzustellen. Der Ehegatte muss also urteilsfähig und in der freien Willensbildung nicht behindert gewesen sein.

An und für sich kommt der Duldung keine Entschuldigungswirkung zu. Aber Duldung kann einmal Zustimmung bedeuten: „Wenn Redlichkeit und praktische Vernunft einen Widerspruch erfordert hätten“¹⁰². Die Duldung kann sogar Mitverschulden bedeuten; nämlich dann, wenn die öffentliche Ordnung ein das Interesse an der Erhaltung der Ehe überwiegendes anderes Interesse daran hatte, dass der Ehegatte sich trotz des ehelichen Verhältnisses dem Verhalten seines Ehepartners widersetze, z.B. der Ehegatte sieht zu, wie sein Ehepartner einen Mord begeht. Bürgerpflicht des Ehegatten ist es, seinen Ehepartner von der Begehung des Verbrechens abzuhalten.

Die Duldung der Verletzung ehelicher Pflichten ist ein Indiz für die Zumutbarkeit der Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft.

¹⁰¹ Eine ähnliche Möglichkeit bietet BGB § 1573: Tatsachen, auf die eine Scheidungsklage nicht mehr gegründet werden kann, dürfen zur Unterstützung einer auf andere Tatsachen gegründeten Scheidungsklage geltend gemacht werden.

¹⁰² Entscheid des Bundesgerichtes vom 28.5.04 zitiert bei Thurnheer S. 74.

4. Kapitel

Die Schuldrechnung (Die Regelung der Nebenfolgen)

I. Wesen und Zweck.

Ist die Frage nach dem Scheidungsanspruch entschieden, so stellt sich die weitere Frage nach der Regelung der Nebenfolgen. Das Gesetz (Art. 149 -157 und 158) bestimmt, in welcher Weise diese Regelung vorgenommen werden solle. Die finanziellen Verhältnisse, der zivile Stand, die moralischen Eigenschaften, die Eignung als Pädagoge werden in Betracht gezogen. Nicht zuletzt aber hat der Richter auf das Verschulden der Ehegatten abzustellen. Dies ist in Art. 150—152 ausdrücklich festgehalten. Für die Abwägung der Schuldverhältnisse wurde hier der Ausdruck „Schuldrechnung“ vorbehalten.

Unter Schuldrechnung verstehen wir in diesem Zusammenhange die Abwägung aller Schuldmomente, nach welcher die Nebenfolgen geregelt werden.

Die Verteilung der Vorteile und der Lasten nach der Ehescheidung soll eine gerechte sein. Das Verhalten der Ehegatten während der Ehe soll in ihrer Stellung nach der Scheidung möglichst gerecht zum Ausdruck kommen. Deshalb muss das gesamte Verhalten der Ehegatten während der Ehe betrachtet werden. Im Gegensatz zum Scheidungsanspruch ist jetzt das Abwägen aller Schuldmomente möglich und auch nötig. Besonders der tiefere Beweggrund zum ehewidrigen Verhalten des Ehegatten erfährt eine angemessene Berücksichtigung. Je nach dem Motiv kann ein Verhalten als schwer schuldhaft oder als leicht entschuldbar erscheinen, z. B.:

1. Der Ehemann verliess seine Gemahlin aus Überdruß, sorgte aber für deren Auskommen,

2. Der Ehemann verliess seine Gemahlin aus Hass mit der Absicht, sie gesellschaftlich und materiell zu schädigen.

In beiden Fällen hat die Frau nach Ablauf von zwei Jahren einen Scheidungsanspruch. Im zweiten Fall wird aber der Ehemann in der Schuldrechnung viel schlechter dastehen als im ersten Fall, denn die Motive zu seinem Verhalten weisen auf ein schwereres Verschulden hin. Das Motiv zur Verletzung ehelicher Pflichten kann auch z. B. eine Provokation durch den Ehepartner gewesen sein. In diesem Falle wird das Verschulden des Ehegatten nur leicht ins Gewicht fallen. Mitverschulden und Zustimmung zum Voraus stellen einigermaßen ein Gleichgewicht her zwischen beiden Schuldkonten. Aber auch verziehene und verjährte Tatsachen, die für einen Scheidungsgrund allein nicht genügen würden, müssen hier berücksichtigt werden. Das Verschulden des Ehegatten wird durch die Verzeihungserklärung seines Ehepartners oder durch den blossen Zeitablauf nicht verringert.¹⁰³ Im Gegenteil kann eine Verzeihung sogar schuldverschwerend wirken, z. B. wenn ein Ehegatte, nachdem sein Ehepartner ihm eine erste Verletzung ehelicher Pflichten verziehen hatte, sich wiederum schuldhaft verhält. Seine ehewidrige Gesinnung tritt dann erneut und klarer zu Tage.

Bei der Erscheinungsform der Schuld darf der Richter auf keinen Fall stehen bleiben¹⁰⁴.

Die Tatbestände, die als Schuldtatbestände bei der Schuldrechnung zu berücksichtigen sind, müssen selbstredend Verletzungen ehelicher Pflichten darstellen. Die Schuld muss in allen ihren Elementen vorliegen.

Da aber das gesamte Verhalten der Ehegatten berücksichtigt werden muss, ist das Erfordernis der Kausalität der Verletzung ehelicher Pflichten zur tatsächlich die Scheidung begründenden Zerrüttung nicht nötig¹⁰⁵. Also können auch Tatsachen, die bei der Frage nach dem Scheidungsanspruch gar nicht in Betracht gezogen wurden, für die Schuldrechnung massgebend sein.

Je nach der Art der Nebenfolgen ist die Einwirkung des Schuldverhältnisses eine verschiedene:

¹⁰³ — z. B. Entscheid des Bundesgerichtes vom 8. Mai 1941, in La Semaine Judiciaire 1941 S. 385 ff.

¹⁰⁴ — vgl. Roth S. 107 ff. und das dort S. 113 zitierte Beispiel.

¹⁰⁵ — s. oben Kapitel 2, Abschnitt 2b.

Die Allgemeinheit wird durch die Verletzung ehelicher Pflichten betroffen und verlangt dafür eine Bestrafung des schuldigen Teils (Wartefrist). Das Verschulden gegen das Institut Ehe kommt hier in erster Linie zur Geltung.

Bei der Regelung der finanziellen Nebenfolgen kommt vor allem das private Interesse der Ehegatten zur Sprache. Das Verschulden gegen den Ehepartner ist wesentlich.

Diese verschiedene Beurteilung kann Verschiedenheiten in der Intensität bei der Regelung der einzelnen Nebenfolgen bedeuten, z.B.: Die Ehegatten verhalten sich nach gegenseitiger Abmachung ehewidrig. Kommt es darauf zur Scheidung, so ist das Verschulden des einen Ehegatten gegen den andern nicht sehr schwerwiegend, das Verschulden gegen das Institut Ehe aber durch die Missachtung der Sittlichkeitsgebote in der Ehe und durch den Verzicht der Ehegatten auf die Einhaltung dieser Gebote durch den Ehepartner doppelt schwer.

II. Offizialmaxime.

Der Vornahme einer Schuldrechnung können sich Parteien und Richter nicht entziehen. Dass die Schuld ex officio untersucht werden müsse, wurde bereits weiter oben erörtert. Aber auch die Schuldrechnung ist ein unumgehbarer Bestandteil des Scheidungsprozesses. Die Regelung der Nebenfolgen muss der Richter vornehmen. Selbst wenn er nach Art. 158 Ziff. 5 nur seine Zustimmung zu einer Vereinbarung der Ehegatten abzugeben hat, muss er sich über die Verteilung der Schuld im Klaren sein. Hinter der Vereinbarung der Ehegatten kann ein unsittliches, rechtswidriges Rechtsgeschäft stecken. Der Richter kann die Schuldverhältnisse besser beurteilen als die Parteien. Er ist nicht selber in die Interessenkollision verwickelt. Dies gilt besonders bei der Geltendmachung von Genugtuungsansprüchen¹⁰⁶.

Die Beurteilung der Schuld stösst aber auf bedeutende Schwierigkeiten. Das Schuldverhältnis ist oft ein gegenseitig bedingter, verzwickter Komplex. Schwierig wird es erst recht, wenn die Parteien sich geeinigt haben, um den wahren Tatbestand zu verbergen. Eine gewisse Zurückhaltung ist daher ge-

¹⁰⁶ so Hartmann S. 19 und 47.

boten. Natürlich soll es den Ehegatten nicht verwehrt sein, gewisse Tatsachen vor der Allgemeinheit, vor den Kindern geheimzuhalten; aber auf Grund der vorgebrachten und erwiesenen Tatsachen soll der Richter das Motiv der Handlungen zu berücksichtigen suchen.

Die Ehegatten können auf die Nennung eines speziellen Scheidungsgrundes verzichten, wenn der allgemeine Scheidungsgrund bewiesen ist. Das öffentliche Interesse an der Wartefrist überwiegt nicht die eventuellen privaten Interessen¹⁰⁷. Abgesehen davon ist eine gerechte Schuldabwägung ebensogut beim allgemeinen als bei einem speziellen Scheidungsgrunde möglich.

Es ist für die Schuldrechnung ohne Belang, ob der Beklagte Widerklage erhebt oder nicht. Aber die Erforschung des Ehekonfliktes erfordert vom Richter peinliche Sorgfalt.

III. Berücksichtigung der Schuld in den verschiedenen Nebenfolgen.

Für jede Folge gilt ein besonderer Aspekt der Schuldrechnung; in einigen Fällen wird sie überhaupt nicht berücksichtigt.

a) Keine Berücksichtigung.

Die zivile Stellung der geschiedenen Frau wird lediglich nach objektiven Gesichtspunkten bereits im Gesetz unabänderlich festgelegt. Ebenso geht die güterrechtliche Auseinandersetzung nicht nach Massgabe der Schuldrechnung vor sich. Das Gesetz gibt auch hier feste Richtlinien, die im Einklang mit erbrechtlichen Erwägungen des ZGB stehen. Jeder Ehegatte erhält nach Möglichkeit sein eingebrachtes Gut zurück.

Nicht oder nur in zweiter Linie wird die Schuldrechnung bei der Kinderzuteilung, aber dann ex officio, in Betracht gezogen.

b) In Funktion der Schuldrechnung geregelte Nebenfolgen.

Ein Anspruch auf Entschädigungs-, Genugtuungs- oder Unterhaltsleistungen wird vom Richter dem schuldlosen Ehegatten auf sein Begehren zuerkannt. Die Höhe der Leistungen hat der Richter gemäss der Schuldrechnung angemessen festzusetzen. Die Saldoziehung aus dieser Rechnung gibt ihm den Masstab für die Ansetzung der Höhe der Leistungen. Dieses Prinzip gilt, solange

¹⁰⁷ Seeger S. 172.

der berechnete Ehegatte als schuldlos und dessen Ehepartner (wenigstens für die Leistungen aus Art. 151) als schuldig zu betrachten sind. Eine Verrechnung nach dem Prinzip der Schuldkompensation ist nur innerhalb dieser Schranken zulässig. Die Berechnung eines Ehegatten zu vermögensrechtlichen Leistungen seines Ehepartners ist in erster Linie von seinem eigenen Verhalten abhängig. Unbillig wäre es, ihm trotz eigenen Verschuldens nur deswegen Ansprüche zuzuerkennen, weil sein Ehepartner in noch grösserem Masse schuldhaft handelte. Die Rechtfertigung dieses Verfahrens innerhalb der genannten Schranken liegt negativ in dem Satze: *Nemo ex suo delicto meliorem suam causam facere potest*, und positiv in der Überlegung, dass der Ehegatte für die Nachteile, die er seinem Ehepartner durch sein Verschulden zugefügt hat, aufkommen soll. Aber auch ein schuldloser Ehegatte kann aus Pietätsrücksichten zu Unterhaltsleistungen verpflichtet werden.

Die Wartefrist ist eine Sanktion, die öffentlichen Interessen dient und den Ehegatten trifft, der eheliche Pflichten verletzt hat. Der Richter muss sie deshalb *ex officio* verhängen, gegebenenfalls sogar gegen beide Ehegatten, wenn beide Ehegatten eine Schuld trifft.¹⁰⁸ Bezüglich der Schuldrechnung hat diese Vorschrift ganz spezielle Folgen. Das gegenseitige Verschulden wird nicht voneinander subtrahiert, sondern das Mass des Verschuldens jedes Ehegatten für sich betrachtet. Bis zum Momente der Saldoziehung folgt aber die Bemessung der Wartefrist den Regeln der Schuldrechnung, denn alle Schuldmomente werden in dieser Strafe gewürdigt.

Für den Strafanspruch des Staates gegen den Ehebrecher (Art. 214 StGB.) wird nicht der gleiche Aspekt der Schuldrechnung verwendet, wie bei den zivilrechtlichen Nebenfolgen, doch ist das Verschulden des durch den Ehebruch beleidigten Ehegatten auch zu erwägen. Befindet sich im Schuldkonto des den Strafantrag stellenden Ehegatten eine Verletzung ehelicher Pflichten, die zu einem der speziellen Scheidungsgründe der Art. 137 bis 140 hätte führen können, so ist er zu einem Strafantrag nicht legitimiert. Es werden nicht sein gesamtes Verhalten, sondern nur

¹⁰⁸ — so Picot S. 62a; BGE 38 II 56, 68 II 144, 71 II 49.

einige qualifizierte Verletzungen ehelicher Pflichten berücksichtigt. An der Nennung der speziellen Scheidungsgründe, die der Ehepartner des Ehebrechers durch sein Verhalten verursacht hat, hat deshalb der Ehebrecher bei der Fällung des Scheidungsurteils ein Interesse.

c) Vorsorgliche Massnahmen.

Auf die vorsorglichen Massnahmen hat die Schuldrechnung keinen Einfluss. Sie muss zuerst überhaupt aufgestellt werden. Bis die Scheidung ausgesprochen ist, bestehen die ehelichen Rechte und Pflichten weiter, so namentlich die Unterhaltspflichten. Auch die Prozesskosten hat der bemittelte Ehegatte seinem mittellosen Ehepartner vorzuschiessen, denn das Recht zur Scheidung gehört zwar nicht zu den normalerweise auszuübenden Rechten, entspricht aber einem legitimen Anspruch des Ehegatten, für welchen der bemittelte Ehepartner aufzukommen hat¹⁰⁹.

¹⁰⁹ — vgl. Picot S. 54a ff. und die dort zitierte Literatur.

3. TEIL

Besonderer Teil

5. Kapitel

Die Scheidungsgründe

Abschnitt 1

Art. 137, Ehebruch

I. Definition und Wesen

Ehebruch ist in Straf- und Zivilrecht der bösgläubig ausgeführte Beischlaf zweier Personen, von denen mindestens eine mit einem Dritten verheiratet ist¹¹⁰.

Die Beischlafshandlung ist die Vereinigung der Geschlechtsteile von Mann und Frau. Für das Zustandekommen des Tatbestandes Ehebruch muss die Beischlafshandlung ausgeführt sein. Ein anderes Vergehen gegen die Sittlichkeit oder gegen die Familie fällt nicht unter diesen Artikel.¹¹¹ Andere Verbrechen können im Ehescheidungsrecht unter die Tatbestände der Art. 138, 139 oder 142 subsumiert werden.

Der Ehebruch ist eine Verletzung der ehelichen Treuepflicht von Art. 159 Abs. 3. Die Ehegatten haben ein gesetzliches Monopol über die geschlechtlichen Beziehungen ihres Ehepartners. Dieses Monopol ist das am besten geschützte Recht der Ehegatten. Ehebruch ist ein absoluter Scheidungsgrund und zieht spezielle, verschärfte Folgen nach sich. Das Motiv zu dieser Rechtsauffassung

¹¹⁰ — so oder ähnlich definieren den Ehebruch: Kommentar Egger N. 20 zu Art. 137, Kommentar Gmür N. 13 zu Art. 137, Seeger S. 118a, Knus S. 6; Hafer, Besonderer Teil 2. Hälfte S. 422; Pfenniger, Festschrift Egger S. 294; Cathomen S. 91.

¹¹¹ Beispiele bei Gmür N. 16 zu Art. 137.

ist, dass der Staat ein Interesse an geordneten Verhältnissen im Geschlechtsleben hat, dass die christliche Lehre den Ehebruch als grösste Verletzung ehelicher Pflichten betrachtet und dass tatsächlich in vielen Ehen ein Ehebruch der primäre Zerrüttungsgrund ist. Das Bestehen einer gültigen Ehe ist eine Voraussetzung der Rechtswidrigkeit des Ehebruches. Ein Ehegatte kann nicht als Verlobter einen Ehebruch begangen haben.

Der Ehebrecher muss schuldfähig gewesen sein. Ein geisteskranker, hypnotisierter, bewusstloser Ehegatte kann keinen Ehebruch begehen. — Von einer verletzbaren Ehe und von der Sittenwidrigkeit des Ehebruches muss der Ehebrecher gewusst haben.

Die Natur des Ehebruches schliesst praktisch dessen fahrlässige Begehung aus. Dass Beischlafshandlungen ohne und nicht gleichzeitig gegen den Willen eines der Beteiligten vorgenommen werden können, wenn er zurechnungsfähig ist und seine Schuld nicht an einem Mangel leidet, ist höchst unwahrscheinlich. Der Wille zum Ehebruch ist deshalb immer zu vermuten, wenn der Ehegatte zurechnungsfähig war¹¹² und kein Schuldangel vorlag. Egger setzt sogar Vorsatz als Tatbestandsmerkmal voraus¹¹³. Ein fahrlässiger Ehebruch könnte etwa in einem fahrlässigen Sich-Exponieren erblickt werden, z. B. eine Ehefrau reizt einen Dritten, bis er sie zu Beischlafshandlungen zwingt. Die Fahrlässigkeit bezieht sich aber in diesem Falle nicht unmittelbar auf den Ehebruch. Die Kausalbeziehung zwischen dem Verhalten der Frau und der Beischlafshandlung ist nicht derart, dass von fahrlässigem Ehebruch gesprochen werden könnte. Die Ehefrau muss nicht damit rechnen, dass der Dritte sich nicht mehr beherrschen könne. Kannte sie diesen aber als unbeherrschten, gewalttätigen Menschen, so mag man ihr sogar Vorsatz zuschreiben. Ehebruch ist jedenfalls ein Willensverhalten. Weil ein Ehegatte das Opfer eines sittlichen Verbrechens geworden ist, kann man ihm keine Scheidung aufzwingen. — Das Motiv des ehebrecherischen Willens übt auf den Scheidungsanspruch keinerlei Wirkung aus. Ob der Ehegatte vom Dritten verführt wurde oder ob er sich diesem von selbst hingab, spielt keine Rolle. Nur zur Feststellung des Ausmasses

¹¹² Knus S. 14 ff.

¹¹³ Kommentar N. 20 zu Art. 137; so auch BGE 35 II 574.

der Schuld ist das Motiv zu berücksichtigen; doch ist das Motiv auch dann nicht ausschlaggebend, denn Ehebruch gilt schon von Gesetzes wegen als schwerste Verletzung ehelicher Pflichten.

Irrtum kann den Tatbestand des Ehebruches ausschliessen; aber nur wenn er den ehebrecherischen Willen betrifft. Unwesentlich ist der Irrtum z.B. bei Irrtum in der Person: Der Ehegatte glaubte die Ehe mit A statt mit B zu brechen. Nur selten ist der Irrtum ein wesentlicher. Dass der Ehegatte mit einem Dritten schläft, aber glaubt, mit seinem Ehepartner zu schlafen, ist wohl nur theoretisch möglich. Ein wesentlicher Irrtum liegt etwa im Irrtum in der Ehwidrigkeit. (Ein Angehöriger eines Volkes, in welchem Polygamie üblich ist, kann die Pflichten einer monogamen Ehe nicht.) — Da der Ehebruch die schwerste Verletzung ehelicher Pflichten ist, kann eine Drohung die Schuld nur dann an der Entstehung verhindern, wenn in der Drohung ein sehr wertvolles Rechtsgut angegriffen wird. Wertvoller als die geschlechtliche Integrität ist das Leben und die körperliche Integrität, insofern es sich um einen schweren Eingriff handelt. Vermögensrechtliche, wirtschaftliche, soziale Nachteile stehen der geschlechtlichen Integrität nach.

Eine Verletzung der ehelichen Treuepflicht ist ein direktes Verschulden. Die Ehe, deren Hälfte der andere Ehegatte vertritt, wird gebrochen. Das gegenseitige Treueversprechen wird zu Füssen getreten.

Durch den Ehebruch wird neben dem Ehepartner auch die Allgemeinheit schwer betroffen. Dies kommt im Folgenden ganz deutlich zum Ausdruck.

II. Berücksichtigung des Scheidungsgrundes Ehebruch.

Der Scheidungsgrund Ehebruch ist ein absoluter Scheidungsgrund. Der Scheidungsanspruch wegen Ehebruchs ist ausser den vom Gesetz selber eingeräumten Ausnahmen unbedingt. Die Schwere der Verletzung rechtfertigt kein Abstellen auf Zumutbarkeit. Selbst wenn den Kläger ein noch grösseres Verschulden trifft, wenn die Schuld des Ehebrechers verzeihlich erscheint¹¹⁴,

¹¹⁴ Kommentar Gmür N. 17 zu Art. 137.

wenn der Kläger die Verletzung ehelicher Pflichten vorerst nicht als schwer empfand, muss der Richter eine Scheidung aussprechen, wenn sie der Ehepartner des Ehebrechers verlangt¹¹⁵.

Die Wartefrist kann bei Scheidung aus Art. 137 um ein Jahr verlängert werden. Ein Strafantrag kann auf die Scheidung wegen Ehebruchs folgen. Aus diesen Gründen geniesst Art. 137 eine Vorrangstellung. Dies kommt darin zum Ausdruck, dass bei Geltendmachung eines Ehebruchs als Scheidungsgrund dieser zuerst untersucht und, wenn er erwiesen ist, im Urteil als Scheidungsgrund erwähnt werden muss. Wurde dies unterlassen, so kann der ehemalige Ehepartner des Ehebrechers die Berufung erklären mit dem Begehren, die Scheidung sei auch wegen Ehebruchs auszusprechen. Eine solche Berufung kommt praktisch einer Berufung um Feststellung des grösseren Verschuldens des Ehepartners gleich.¹¹⁶

Die Offizialmaxime bestimmt nur die Reihenfolge der Berücksichtigung der Scheidungsgründe. Der Richter hat nicht nach dem Vorliegen eines Ehebruchs zu suchen, wenn keiner geltend gemacht wird. Der Richter hat nur die scheidungsverneinenden Tatsachen ex officio zu prüfen. Diese sind nach Gesetz: Zustimmung, Verzeihung, Verjährung.

Der Beweis des Ehebruchs an und für sich muss nicht strikte erfolgen, denn eine solche Anforderung würde die Scheidung aus Art. 137 verunmöglichen. Es wird dem Ehepartner des Ehebrechers selten möglich sein, Ort und Zeit des Ehebruchs genau anzugeben. Für das Ehescheidungsrecht ist nur die Tatsache von Bedeutung, dass die eheliche Treuepflicht verletzt wurde. Die genauen Umstände des Ehebruchs sind für den Scheidungsrichter unwesentlich. Nicht einmal die Person, mit welcher der Ehegatte die Ehe brach, muss bekannt sein¹¹⁷. Dass ein Beweis per violentam praesumptionem genüge, hat das Bundesgericht schon unter der Herrschaft des ZEG entschieden¹¹⁸.

¹¹⁵ BGE 57 II 243.

¹¹⁶ BGE 47 II 247, 68 II 337, 69 II 348.

¹¹⁷ Seeger S. 118a.

¹¹⁸ BGE 3 384, 35 II 574.

III. Scheidungsanspruch und Schuld

Da Ehebruch ein absoluter Scheidungsgrund ist, können nur die im Gesetz ausdrücklich genannten scheidungsverneinenden Tatsachen berücksichtigt werden. Diese sind: Verzeihung, Zustimmung und Verjährung.

Das Prinzip der Schuldkompensation kommt hier erst recht nicht zur Anwendung.

Die Verzeihungserklärung erstreckt sich ihrem Wesen nach nur auf dem verzeihenden Ehegatten bekannte Tatsachen. Hat er einen Ehebruch verziehen, so sind damit nicht auch alle andern Ehebrüche gemeint, z. B. wird die Prostitution dadurch nicht verziehen¹¹⁹, selbst wenn die Verzeihung generell erfolgte. Die Form der Verzeihung ist keine starre; aber der Verzeihungswille muss klar zum Ausdruck kommen. In der Fortsetzung des ehelichen Geschlechtsverkehrs liegt nicht implicite eine Verzeihung, hat das Bundesgericht erklärt¹²⁰. Der Umstand, dass das Gesetz dem Ehepartner des Ehebrechers für die Einreichung der Scheidungsklage eine Bedenkzeit von nur sechs Monaten gibt, erklärt, dass hier ziemlich streng nach dem Verzeihungswillen geforscht wird. Will der Ehepartner diese relativ kurze Frist noch abkürzen, so hat dies deutlich zu geschehen. Das Bundesgericht ist im vorerwähnten Entscheid zu weit gegangen, zumal der Kläger der Ehefrau war, der doch in der Regel im Geschlechtsverkehr der initiativere Teil ist, und der besonders beim Getrenntleben der Ehegatten nicht wie die Ehefrau behaupten kann, er habe den Geschlechtsverkehr nur geduldet.

Ehebruch ist der einzige Scheidungsgrund, bei welchem das Gesetz die Zustimmung als scheidungsverneinende Tatsache erwähnt. Einer Zustimmung kommt deshalb bei Ehebruch grosse Bedeutung zu. Sie setzt voraus, dass der zustimmende Ehegatte vom Ehebruch Kenntnis hatte. Nur auf solche Tatsachen, die der Ehegatte kennt oder kennen muss und kennen kann, bezieht sich die Zustimmung¹²¹. Eine Zustimmung zum Voraus kann rechtsgültig nur für den Ehebruch mit einer bestimmten Person,

¹¹⁹ BGE 50 II 319.

¹²⁰ BGE 69 II 209.

¹²¹ — z. B. BGE 69 II 209 Zustimmung liegt nicht darin, dass die

wohl aber für wiederholte Beischlafshandlungen mit einer Person abgegeben werden. Eine allgemeinere Zustimmung zu ausser-ehelichem Geschlechtsverkehr käme einem Verzicht auf die Geltendmachung des Scheidungsgrundes Ehebruch gleich und ist deshalb unzulässig. Generell kann nur vergangenen Beischlafshandlungen zugestimmt werden. Durch Zustimmung zum Ehebruch kann ein Ehegatte seinen Ehepartner der ehelichen Treuepflicht entbinden. Es entsteht kein Verschulden, wenn der Ehegatte bei der Ehebruchshandlung von der Zustimmung wusste. Wohl ist dann die öffentliche Sittlichkeit durch den ausserehelichen Geschlechtsverkehr verletzt, die Öffentlichkeit hat aber kein Interesse an der Anerkennung eines Verschuldens des Ehebrechers gegen seinen Ehepartner.

Ein Mitverschulden am Ehebruch liegt etwa in der Anstiftung, oder in der Vornahme von Vorbereitungshandlungen zum Ehebruch des Ehepartners. Voraussetzung ist, dass die Mitwirkung des Ehegatten des Ehebrechers wenigstens teilweise zur Verletzung ehelicher Pflichten kausal war, z.B. liebloses Verhalten, Verweigerung der Erfüllung der ehelichen Pflichten i.e.S., eigener Ehebruch, Ehrenkränkungen, Beleidigungen, Zanksucht, Misshandlungen. Das Mitverschulden entschuldigt den Ehebrecher nicht. Der Scheidungsanspruch ist vielmehr absolut. Überdies ist die Feststellung der Kausalität zum Ehebruch sehr schwer¹²². Der Ehebrecher kann aber gegebenenfalls auch auf Scheidung klagen, wenn das Mitverschulden des Ehegatten einen Scheidungsgrund erfüllt. — Nur insofern Mitverschulden auch Zustimmung in sich schliesst, kann die Scheidungsklage abgewiesen werden.

Die Duldung eines Ehebruches bedeutet an und für sich nicht schon Zustimmung. Auf die Schuldhaftigkeit des ehebrecherischen Verhaltens hat die Duldung keinen Einfluss. Hingegen hat der Richter ex officio die Verjährung der Scheidungsklage als scheidungsverneinende Tatsache zu prüfen. Die Frist läuft auch ohne Zutun der Parteien ab¹²³.

Ehegatten im gleichen Zimmer schlafen wie eine Drittperson.

¹²² — so Picot S. 8a.

¹²³ BGE 65 II 101.

IV. Schuldrechnung und Nebenfolgen.

Beim absolutesten Scheidungsgrund, dem Scheidungsgrund Ehebruch ist es doppelt wichtig, dass der Richter auch die Vorbringen des Ehebrechers anhöre. In der Schuldrechnung soll auch das Verschulden des Ehepartners des Ehebrechers zur Geltung kommen¹²⁴.

Abschnitt 2

Art. 138, Nachstellung nach dem Leben, schwere Misshandlung und schwere Ehrenkränkung.

A. Allgemeines und gemeinsame Bestimmungen.

Art. 138 umfasst drei Scheidungsgründe. Alle drei umschreiben ein Verhalten, das eine Verletzung der Pflicht, den Ehepartner zu achten und ihn zu beschützen, darstellt. Begrifflich umfasst der Tatbestand der schweren Ehrenkränkung auch die beiden andern Tatbestände. Alle drei Tatbestände stellen ein direktes Verschulden gegen den Ehepartner dar. Dessen persönliche Integrität wird unmittelbar verletzt. Ein direkteres Verschulden ist nicht denkbar. Direktes Verschulden kann am ehesten verziehen werden, da sich die Spitze einer direkten Verletzung ehelicher Pflichten vor allem gegen den Ehepartner richtet.

Die Verjährungsfristen von Art. 138 Abs. 2 entsprechen denjenigen von Art. 137 Abs. 2 und beziehen sich auf alle drei Tatbestände des Art. 138. Wie die Verzeihung lassen sie die Schuld des Ehegatten in einen Schwebezustand treten, indem sie für einen Scheidungsanspruch nicht mehr allein geltend gemacht werden kann. Die kurze Verjährungsfrist von 6 Monaten bei Kenntnis der Verletzung ehelicher Pflichten bewirkt, dass nur eine deutliche Verzeihungserklärung als Verzeihung gilt.

Die Tatbestände von Art. 138 haben mit strafrechtlichen Tatbeständen nichts gemein. Die Begriffsbestimmung ist in Strafrecht und Ehescheidungsrecht verschieden¹²⁵. Auch der Begriff der Schwere wird nach scheidungsrechtlichen Gesichtspunkten be-

¹²⁴ — z. B. in BGE 57 II 243; 68 II 149.

¹²⁵ Picot S. 10a.

urteilt¹²⁶. Ob eine Strafverfolgung eingeleitet wurde, ob es zu einem Strafurteil kam, ist für das Ehescheidungsrecht unwesentlich. Der Zivilrichter hat zu entscheiden, ob ein Tatbestand des Art. 138 erfüllt sei. Es gibt Tatbestände, die zwar eine strafrechtliche Verfolgung ausschliessen, aber eine Scheidung aus Art. 138 rechtfertigen¹²⁷. Massgebend ist bei allen Tatbeständen des Art. 138 die Kundgabe einer ehewidrigen Gesinnung. Die Ehe wird bereits durch die Willenskundgabe verletzt, ohne dass ein Straftatbestand erfüllt wird, wenn sie in einem positiven Tun zum Ausdruck gelangte, so z. B. Versuch mit untauglichen Mitteln, Vorbereitungs-handlungen. Eindeutiger ist der umgekehrte Fall: Eine Tat wird strafrechtlich geahndet, gibt aber keinen Scheidungsanspruch ab; z. B. fahrlässige Körperverletzung. Eine ehewidrige Gesinnung liegt nicht vor.

B. Nachstellung nach dem Leben.

I. Definition und Wesen.

Nachstellung nach dem Leben ist eine vorsätzliche Handlung eines Ehegatten, die wider den Willen des Ehepartners gegen dessen Leben gerichtet ist¹²⁸.

Die Handlung selbst ist die mit einer tätlichen Äusserung verbundene Kundgabe des Willens. Es ist darum nicht nötig, dass das Leben des Ehepartners wirklich in Gefahr gestanden sei. Die Handlung kann in einem Versuch bestehen, in einer blossen Drohung, wenn sie mit einem Tätigwerden des drohenden Ehegatten eng zusammenhängt¹²⁹.

Von den eingangs erwähnten, allgemeinen Schuldregeln für das Ehescheidungsrecht gilt hier insofern eine Abweichung, als eine fahrlässige Nachstellung nach dem Leben nicht möglich zu sein scheint. Eine fahrlässige Lebensgefährdung erfüllt den Tatbestand der Nachstellung nach dem Leben nicht. Das Erfordernis des Vorsatzes ist dem Begriffe Nachstellung zu entnehmen. Nach-

¹²⁶ Seeger S. 125a.

¹²⁷ Knus S. 26.

¹²⁸ — ähnlich Gmür N. 2 zu Art. 138.

¹²⁹ Knus S. 25.

stellen heisst: Hinter einem weichenden Objekt einen Verfolgungswillen in die Tat umsetzen. Nachstellen ist ohne Willen nicht möglich¹³⁰. Hingegen ist das Motiv des Entschlusses unwesentlich, z. B. Vorbedacht oder plötzlich gefasster Entschluss¹³¹.

Entsprechend der Schwere der Verletzung ehelicher Pflichten bei der Nachstellung ist Tatirrtum nur dann als wesentlich zu betrachten, wenn er dem Ehegatten die Lebensgefährdung des Ehepartners verbarg. — Eine Drohung kann auf keinen Fall den Ehegatten von seiner Schuld befreien. Selbst eine Bedrohung des eigenen Lebens gibt niemandem das Recht, einen Dritten zu töten. Dies gilt in vermehrtem Masse zwischen Ehegatten.

II. Nachstellung nach dem Leben und Schuld beim Scheidungsanspruch.

Der Scheidungsgrund der Nachstellung nach dem Leben ist ein absoluter Scheidungsgrund. Kein Wort im Gesetz und keine juristische Überlegung vermögen aus diesem Scheidungsgrund einen relativen zu machen. Die Art der Verletzung rechtfertigt eine Vermutung der tiefen Zerrüttung und der Zumutbarkeit. Auch das Prinzip der Schuldkompensation kommt deshalb nicht einmal indirekt zur Anwendung.

Die Zustimmung des verfolgten Ehegatten zur Nachstellung nach dem Leben ist beachtlich, obschon das Gesetz nicht davon spricht. Wusste der nachstellende Ehegatte bei der Vornahme der lebensgefährdenden Handlungen von der Zustimmung des Ehepartners, so ist der Tatbestand der Nachstellung nach dem Leben nicht erfüllt¹³². Auf das Recht, vom Ehepartner geschützt und nicht verfolgt zu werden, kann der Ehegatte verzichten. Eine scheidungsrechtliche Schuld des verfolgenden Ehegatten liegt im Gegensatz zur strafrechtlichen dann nicht vor. Eine Einschränkung gilt allerdings dahin, dass Zustimmung zur Nach-

¹³⁰ — so Kommentar Egger N. 3 zu Art. 138; Kommentar Gmür N. 2 zu Art. 138; Seeger S. 122a; Knus S. 27.

¹³¹ Seeger S. 122a.

¹³² — so Kommentar Egger N. 3 zu Art. 138; Thurnheer S. 98: „Einverständnis oder Aufforderung zur Tötung sind mit der Idee der Nachstellung unvereinbar“; a. M. Knus S. 244.

stellung nur dann beachtlich ist, wenn sie aus freien Stücken abgegeben wurde. Wurde die Zustimmung erst nach langem Drängen vom Ehepartner abgezwängt, so kann sie keine Wirkungen zeitigen. — Eine Zustimmung, von der der nachstellende Ehegatte nichts wusste, vermag dessen Schuld nicht auszuschliessen.

Ein Mitverschulden begründet ein Verhalten des in seinem Leben gefährdeten Ehegatten, welches zum Schlusserfolg, der Nachstellung nach dem Leben, kausal war, z. B. Provokation eines heissblütigen Gatten, Anstiftung zur Tötung. Entsprechend der Definition des absoluten Scheidungsgrundes der Nachstellung nach dem Leben, ist ein Mitverschulden nur dann für den Scheidungsanspruch von Bedeutung, wenn es das Zustandekommen des Nachstellungstatbestandes verunmöglicht.

C. Schwere Misshandlung.

I. Definition und Wesen.

Misshandlung ist jede Zufügung körperlichen Übels¹³³, also jeder Angriff auf die physische Integrität eines Ehegatten.

Misshandlung setzt ein Tätigwerden voraus. Eine Misshandlung durch Unterlassung ist nicht denkbar. Es handelt sich hier vielmehr um physische Angriffe¹³⁴.

Wie die Ehrenkränkung, ist eine Misshandlung nur dann als Scheidungsgrund zu betrachten, wenn sie das Erfordernis der Schwere erfüllt. Der Scheidungsgrund der schweren Misshandlung ist eine Spezialanwendung des Scheidungsgrundes der schweren Ehrenkränkung, denn ein Angriff auf die physische Integrität ist immer auch ein Angriff auf die Ehrengüter. Die ratio der Spezialisierung ist in der verschiedenen Anwendbarkeit beider Scheidungsgründe zu suchen. Der Scheidungsgrund der schweren Misshandlung ist absolut, der Scheidungsgrund der schweren Ehrenkränkung weitgehend relativ. Der Unterschied liegt im Erfordernis der Schwere. Bei der schweren Misshandlung bedeutet die Qualifizierung der Schwere eine Steigerung der Intensität des Angriffs. (Dies ist aus dem französischen Gesetzestext deutlich

¹³³ Kommentar Egger N. 4 zu Art. 138.

¹³⁴ Knus S. 30.

herauszulesen. Der Ausdruck „Schwere Misshandlungen“ entspricht dem Ausdruck „sévices“ und nicht „sévices graves“.) Bei der schweren Ehrenkränkung geht es auch darum zu wissen, ob der Ehegatte die Ehrenkränkungen wirklich als solche empfunden hat. Der französische Gesetzestext spricht deshalb nicht von „injures“, sondern von „injures graves“. Im dehnbaren Begriff der Schwere, der „gravité“, ist beim Scheidungsgrund der Ehrenkränkung die Frage nach der Zumutbarkeit der Fortführung der ehelichen Gemeinschaft eingeschlossen. Der bezüglich der schweren Misshandlung strengere Text schliesst diese Interpretation aus. Bei der schweren Misshandlung soll hingegen auf die äusseren Umstände, auf den Bildungsgrad der Ehegatten, auf die soziale Stellung, auf die Art der Verübung der Misshandlungen (z. B. vor Untergebenen) abgestellt werden. Das Empfinden des Ehegatten wird nicht berücksichtigt. Dieser Ansicht ist auch Seeger; warum er trotzdem das Erfordernis der Nichtzumutbarkeit in den Begriff der Schwere einbeziehen will, ist unerklärlich.¹³⁵

Das Bewusstsein der Sittenwidrigkeit kann gelegentlich fehlen, z. B. ein Südländer, der sich gewohnt ist, dass die Ehemänner ihre Ehefrauen schlagen, heiratet eine Schweizerin und schlägt sie. Das Fehlen des Bewusstseins der Sittenwidrigkeit schwächt seine Schuld ab.

Eine fahrlässige Misshandlung ist möglich. Meist wird sie vorsätzlich erfolgen. Wenn aber durch das Benehmen des Ehegatten dessen rohe und brutale Gesinnung an den Tag gebracht wird, ist auch in fahrlässiger Misshandlung eine schwere Verletzung ehelicher Pflichten zu erblicken,¹³⁶ z. B. ein Ehegatte schießt im Garten auf einen Vogel und verletzt dabei seine Ehefrau am Fenster. Darin liegt noch kein ehewidriges Verhalten; eine andere Person hätte ebensogut am Fenster stehen können. Wenn der Tatbestand sich aber noch ein oder zwei Mal wiederholt, so ist die Fahrlässigkeit des Ehegatten als grobe Missachtung der ehelichen Pflichten zu betrachten.

Irrtum ist von Bedeutung, wenn er die Ehewidrigkeit der

¹³⁵ S. 125; anderer Auffassung als Seeger: Knus S. 32, der Scheidungsgrund der schweren Misshandlung ist absolut.

¹³⁶ Knus S. 34.

Gesinnung ausschliesst. — Eine Drohung von seiten Dritter berechtigt nur dann zu schweren Misshandlungen, wenn die Drohung ein höheres Rechtsgut gefährdet, z. B. das Leben oder die geschlechtliche Ehre eines Ehegatten, oder elementare Persönlichkeitsrechte, wie z. B. die Bewegungsfreiheit, wenn du dieses Heilmittel nicht an deinem Ehegatten ausprobierst, beraube ich dich deiner Freiheit.

II. Schwere Misshandlung und Schuld beim Scheidungsanspruch

Es dürfte eine Ausnahme sein, dass ein Ehegatte zu schweren Misshandlungen seiner Person zustimme. Deshalb spricht das Gesetz auch nicht von Zustimmung. Erfolgte eine Zustimmung zum Voraus, sodass der misshandelnde Ehegatte davon wusste, so liegt seinerseits kein Verschulden vor. Auf die Wahrung seiner körperlichen Integrität kann ein Ehegatte zweifellos verzichten. In diesem Moment handelt es sich nicht mehr um einen Angriff auf die Integrität des Ehepartners. — Nachträgliche Zustimmung schliesst meist Verzeihung in sich.

Einem Mitverschulden des Ehepartners ist nur dann entschuldigende Wirkung beizumessen, wenn es den misshandelnden Ehegatten an der freien Willensbildung hinderte, in seinem Bewusstsein oder in der Schuldfähigkeit störte oder wenn es ihm ein Motiv zu einer Handlung bot, das die Schwere der Misshandlung abschwächt. Durch ein schuldhaftes Verhalten des Ehepartners kann der misshandelnde Ehegatte zu Misshandlungen, wenn nicht berechtigt, so doch wenigstens verleitet werden, z. B. ein Ehegatte misshandelt seinen Ehepartner, weil dieser die Ehe gebrochen hat. In diesem Fall ist die Misshandlung nicht schwer. Die Klage des Misshandelten ist nicht gerechtfertigt.

D. Schwere Ehrenkränkung

I. Definition und Wesen

Ehrenkränkung im Sinne des Ehescheidungsrechts ist eine durch schuldhaftes Verhalten des Ehepartners verursachte Verletzung eines Ehegatten in seinen Ehrengütern.

Nicht nötig ist, dass von einem Angriff eines Ehegatten auf den Ehepartner gesprochen werden könne, wie Gmür voraussetzt.¹³⁷ Bereits die Unterlassung einer ehefördernden Handlung kann eine Ehrenkränkung sein, z. B. Unterlassen der Abwehr einer Kränkung, die dem Ehepartner seitens Dritter droht.¹³⁸ Auch Argwohn kann Ehrenkränkung bedeuten,¹³⁹ denn die Ehegatten schulden einander volles Vertrauen.

Wichtig ist bei diesem Scheidungsgrund die Tatsache, dass das Verhalten eines Ehegatten den Ehepartner nur dann in seiner Ehre verletzt, wenn dieser es als Ehrenkränkung empfindet. Die Ehre ist nicht ein absoluter Begriff. Je nach dem Individuum ist die Ehre schwerer oder leichter verletzbar. Auf das Empfinden des Ehegatten muss deshalb Rücksicht genommen werden, wogegen bei der schweren Misshandlung nur das tatsächliche Verhalten des misshandelnden Ehegatten wesentlich ist.

Schuldfähigkeit des kränkenden Ehegatten ist selbstredend Voraussetzung.¹⁴⁰ Das Bewusstsein des Verhaltens und des Erfolges ist für das Zustandekommen einer Verletzung immer nötig.¹⁴¹

Das Bundesgericht¹⁴² geht jedoch zu weit, wenn es Kränkungsabsicht als Tatbestandsmerkmal betrachtet. Es ist auch nicht erforderlich, dass in der Ehrenkränkung eine tiefe Verachtung des kränkenden Ehegatten für seinen Ehepartner zum Ausdruck gelange.¹⁴³ Im Begriff der Kränkung ist ein Willensverhalten des kränkenden Ehegatten eingeschlossen. Der Ehepartner kann sich nicht verletzt fühlen, wenn der Ehegatte nicht mindestens den Eventualvorsatz hatte, seinen Ehepartner zu kränken. Aber Eventualvorsatz genügt.¹⁴⁴ Hingegen genügt Fahrlässigkeit nicht. Entsprechende fahrlässige Handlungen können nur im Rahmen des allgemeinen Scheidungsgrundes berücksichtigt werden.

¹³⁷ Kommentar N. 9 zu Art. 138.

¹³⁸ — so bei Knus S. 48.

¹³⁹ Picot S. 11a.

¹⁴⁰ BGE 56 II 158.

¹⁴¹ Kommentar Egger N. 6 zu Art. 138 und Picot S. 11a.

¹⁴² BGE 55 II 162.

¹⁴³ BGE 69 II 348.

¹⁴⁴ Knus S. 42.

Das Motiv des kränkenden Ehegatten ist zu untersuchen, da es sein Verschulden als leichter und das Sichgekränktfühlen des gekränkten Ehepartners als unangemessen erscheinen lassen kann.¹⁴⁵

Ein Tatirrtum muss auf den Kränkungswillen eingewirkt haben, um wesentlich zu sein. — Drohung entschuldigt den kränkenden Ehegatten in der Regel, denn die Ehrenkränkung nimmt in der Rangordnung der Verletzungen ehelicher Pflichten einen hinteren Platz ein.

Zum Scheidungsgrund der Ehrenkränkung gehört noch das Erfordernis der Schwere. Die Ehrenkränkung muss qualifiziert sein. Entsprechend der Definition der Ehrenkränkung ist sie dann schwer, wenn der Ehepartner sie als schwer empfunden hat und wenn der Willen des Ehegatten verwerflich oder die Ehrenkränkung objektiv schwer war. Knus¹⁴⁶ unterscheidet in gleichem Sinne zwischen passiver Schwere: Der Ehepartner hat die Kränkung schwer empfunden, aktiver Schwere: Der Ehegatte hatte den Willen, seinen Ehepartner schwer zu kränken, und objektiver Schwere: Die Ehrenkränkung ist objektiv schwer. Das Vorhandensein der passiven Schwere ist immer erforderlich; daneben muss mindestens eine der beiden andern erfüllt sein. Das wichtigste Erfordernis ist die passive Schwere.¹⁴⁷ Durch das Abstellen auf das Empfinden der Kränkung durch den Ehepartner wird der Scheidungsgrund der Ehrenkränkung zum relativen Scheidungsgrund. Bei den absoluten Scheidungsgründen wird das Empfinden der Verletzung ehelicher Pflichten durch den Kläger nicht berücksichtigt. Der Tatbestand der schweren Ehrenkränkung ist hingegen nur dann erfüllt, wenn „sei es vermöge des durch sie bekundeten Grades von Bosheit, Hass oder Verachtung auf Seiten des Beleidigers, sei es wegen ihrer objektiven Ehrenrührigkeit die Beleidigungen so schwerer Art sind, dass dem beleidigten Teil die Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft mit dem Beleidiger ehrenhafterweise nicht mehr zugemutet werden kann“.¹⁴⁸ Die Ehrenkränkung muss einen hohen Grad objektiver und aktiver Schwere erreichen, damit der

¹⁴⁵ Kommentar Egger N. 6 zu Art. 138; Picot S. 10a; Seeger S. 123a.

¹⁴⁶ S. 37.

¹⁴⁷ — so in BGE 56 II 156.

¹⁴⁸ BGE 10, 544 zitiert bei Seeger S. 123a.

Kläger sich mit Fug und Recht gekränkt fühlen könne. Überempfindlichkeit wird nicht geschützt.¹⁴⁹

II. Ehrenkränkung und Schuld beim Scheidungsanspruch.

Das Schuldkompensationsprinzip kommt beim Scheidungsgrund der schweren Ehrenkränkung in beschränktem Masse zur Anwendung. Der Ehegatte, der seinerseits eheliche Pflichten verletzte, darf sich gegenüber den Aeusserungen seines Ehepartners nicht mehr stark empfindlich zeigen. Er soll aber nicht frei in seiner Ehre gekränkt werden können. Es wird lediglich die Grenze des Zumutbaren verschoben. Eigenes Verschulden ist ein Indiz dafür, das die Grenze der Zumutbarkeit für den Ehegatten heraufgesetzt werden muss.

Der kränkende Ehegatte, der von der Zustimmung des Ehepartners zu seinem Verhalten wusste, handelt nicht schuldhaft im Sinne des Ehescheidungsrechts. Auf das Recht, seine Ehre vom Ehepartner achten zu lassen, kann der Ehegatte verzichten. Einer solchen Ehrenkränkung fehlt der Charakter der Schwere vollends.¹⁵⁰ Eine nachträgliche Zustimmung bedeutet in der Regel Verzeihung.

Kausal zur Ehrenkränkung ist z. B. eine Provokation, ein unzünftiges Gebahren. Mitverschulden schwächt bei der schweren Ehrenkränkung die Berechtigung zum Sichgekränktfühlen ab. Die Schuld des gekränkten Ehegatten kommt sogar gelegentlich gar nicht zur Entstehung¹⁵¹.

III. Abgrenzung gegen den allgemeinen Scheidungsgrund.

In Anlehnung an die französische Gerichtspraxis, die meisten Scheidungen aus dem Scheidungsgrund der „injures graves“ auszusprechen, herrscht in gewissen Teilen der Schweiz die Tendenz,

¹⁴⁹ Komm. Egger N. 7 zu Art. 138; Picot S. 10a; Seeger S. 123a; Knus S. 47.

¹⁵⁰ Thurnheer S. 95; Knus S. 244; Grisel S. 293.

¹⁵¹ — so auch Kommentar Egger N. 4 zu Art. 138.

Art. 138 an Stelle von Art. 142 anzuwenden¹⁵². Das Bundesgericht sucht diese Praxis einzudämmen¹⁵³. Tatsächlich ist es oft nur eine Frage der persönlichen Vorliebe, aus welchem Scheidungsgrund man die Scheidung aussprechen will, oft nur eine Frage der Mode, vielleicht eine Frage des Taktes und der Taktik¹⁵⁴.

Der spezielle Scheidungsgrund der Ehrenkränkung soll vor allem in denjenigen Ehen zur Anwendung gelangen, in welchen einen Ehegatten ein schweres Verschulden trifft. Der allgemeine Scheidungsgrund ist für die Ehen geschaffen, die zwar tief zerrüttet sind, in welchen aber keinen Ehegatten ein Verschulden aus einem speziellen Scheidungsgrund trifft. Man kann mit Picot¹⁵⁵ einig gehen, wenn er unterstreicht, dass der allgemeine Scheidungsgrund dort nicht angewandt werden soll, wo der Scheidungsgrund der Ehrenkränkung zutrifft. Der Vorteil des speziellen Scheidungsgrundes ist, dass bei dessen Anwendung die Schuldfrage klar entschieden wird. Darin liegt aber auch die Grenze seiner Anwendung. Wenn die Schuld nicht klar auf der Seite eines Ehegatten liegt, so ist der allgemeine Scheidungsgrund den speziellen vorzuziehen.

Da eine gewissenhafte Prüfung des Scheidungsgrundes der Ehrenkränkung auch eine Prüfung der Zerrüttung und der Zumutbarkeit erfordert, kommt der Frage nicht eine so grosse Bedeutung zu, wie etwa behauptet wird¹⁵⁶.

Abschnitt 3

Art. 139, Entehrendes Verbrechen und unehrenhafter Lebenswandel.

A. Allgemeines.

Art. 139 nennt zwei Scheidungsgründe, die indirekte Verletzungen ehelicher Pflichten umschreiben. Beim entehrenden Ver

¹⁵² — vgl. dazu Picot S. 11a.

¹⁵³ — vgl. darüber Knus S. 43 ff.

¹⁵⁴ Seeger S. 126a.

¹⁵⁵ S. 10a.

¹⁵⁶ — solches behauptet z. B. Picot S. 10a, Anmerkung.

brechen, wie beim unehrenhaften Lebenswandel richtet sich das Verhalten nicht direkt gegen den Ehepartner, sondern gegen einen Dritten oder gegen die Allgemeinheit.

Auch ein solches Verhalten ist ehewidrig. Es verstösst gegen die Pflicht der Ehegatten, keine Handlungen vorzunehmen, die dazu angetan sind, sie vor den Augen Dritter in ihrer Ehre herabzumindern. In eine Verminderung der Ehrenhaftigkeit eines Ehegatten wird der Ehepartner immer wenigstens teilweise mitbezogen. Insofern sind das entehrende Verbrechen und der unehrenhafte Lebenswandel Verletzungen ehelicher Pflichten¹⁵⁷. Ähnlich dem Scheidungsrecht sieht Art. 169 Massnahmen zum Schutze der ehelichen Gemeinschaft und der Ehegatten vor, wenn ein Ehegatte den andern in Schande bringt.

Dementsprechend kommt es bei diesem Scheidungsgrund nicht so sehr auf das durch das Verhalten verfolgte Objekt als auf die objektive Unehrenhaftigkeit an. Der Scheidungsanspruch erwächst dem Ehegatten in erster Linie aus der Situation vor der Aussenwelt, in die der Ehepartner ihn gebracht hat. Es gehört nicht zu den ehelichen Pflichten, sich wegen des ehrlosen Verhaltens des Ehepartners in einen schlechten Ruf bringen zu lassen. Die direkte Einwirkung des Verhaltens auf den Ehepartner ist nicht wichtig. Es ist darum falsch, wenn das Gericht auf die Beziehungen der Ehepartner unter sich abstellt, z. B. die Scheidung aus Art. 139 wird der Ehefrau verweigert, weil sie den Charakter des Mannes, der zwei Diebstähle begangen hat und trunksüchtig ist, schon vor der Ehe kannte¹⁵⁸.

Ob ein entehrendes Verbrechen oder ein unehrenhafter Lebenswandel tatsächlich vorliege, entscheidet der Zivilrichter. An einen Entscheid des Strafrichters ist er in keiner Weise gebunden. Es ist irrelevant, ob der Strafrichter sich mit der Angelegenheit zu befassen hatte oder nicht. Auch die Verhängung von Ehrenfolgen bindet den Zivilrichter nicht.¹⁵⁹

¹⁵⁷ Grisel S. 293.

¹⁵⁸ SJZ 9 S. 230; so auch Picot S. 12a.

¹⁵⁹ Komm. Egger N. 1 zu Art. 139; Picot S. 11a; Seeger S. 127a; Knus S. 48 f.

B. Entehrendes Verbrechen.

I. Definition und Wesen.

Ein entehrendes Verbrechen im Sinne des Ehescheidungsrechts ist ein schwerer Verstoss gegen eine Strafrechtsnorm, der eine ethische Missbilligung nach sich zieht, welche objektiv betrachtet eine Herabminderung der Ehre des Ehegatten zu verursachen geeignet ist.

Auch in einer Unterlassung kann ein Verbrechen liegen, z. B. im Stich lassen einer bedrohten Person.

Ein Verbrechen ist immer ein Verbrechen gegen eine Strafrechtsnorm, da das schweizerische Strafrecht den Grundsatz der Analogie nicht kennt (Art. 1 StGB). Ob ein Verbrechen entehrend sei, beurteilt der Zivilrichter nach objektiven Gesichtspunkten. Es ist nicht erforderlich, dass das Verbrechen auch in den Augen des Ehepartners als entehrend erscheine¹⁶⁰, denn für den Scheidungsanspruch kommt es auf die indirekte Verletzung ehelicher Pflichten an. Die Ehre ist überdies ein je nach dem Individuum variabler Begriff¹⁶¹, nicht aber von ihrer Bewertung durch einen Dritten abhängig.

Die Schuldfähigkeit des Ehegatten und das Bewusstsein aller bestimmenden Merkmale gehören zu den Voraussetzungen des Scheidungsgrundes des entehrenden Verbrechens. — Entsprechend allgemeinen Scheidungsregeln kann auch ein fahrlässig begangenes Delikt zur Begründung eines Scheidungsanspruches genügen, doch ist ein solches selten entehrend¹⁶². Wenn man vom abzulehnenden subjektiven Gesichtspunkt (das Verbrechen muss vom Kläger als entehrend empfunden worden sein) abieht, so ist ein Verbrechen dann als entehrend zu betrachten, wenn es eine gemeine Gesinnung des Ehegatten an den Tag fördert¹⁶³. Auch ein fahrlässig begangenes Delikt kann eine gemeine Gesinnung offenbaren, z. B. der Brandstifter weiss, dass

¹⁶⁰ — a. M. Knus S. 56.

¹⁶¹ — s. oben Kapitel 5, Abschnitt 2, sub D.

¹⁶² Komm. Egger N. 2 zu Art. 139: ein fahrlässiges Delikt kann genügen, a. M. Knus S. 59.

¹⁶³ Komm. Egger N. 2 zu Art. 139; Picot S. 12a; Seeger S. 127a.

sich Leute im Haus befinden, ist aber sicher, dass sie sich retten können. Das Spielen mit dem Leben der gefährdeten Leute deutet auf eine gemeine Gesinnung.

II. Entehrendes Verbrechen und Schuld beim Scheidungsanspruch.

Der Scheidungsgrund des entehrenden Verbrechens ist absolut. Weder das Schuldkompensations- noch das Zumutbarkeitsprinzip sind anwendbar. Grisel behauptet zu Unrecht in BGE 53 II 196 werde versucht, die Zumutbarkeitsklausel in den Scheidungsgrund des entehrenden Verbrechens einzuflechten¹⁶⁴, wogegen in diesem Entscheid nur die Kausalität eines Verbrechens zur Zerrüttung verneint wird. Eine Zerrüttung liegt nicht vor.

Das Gesetz spricht nur in Art. 137 und 138 von Verzeihung. In Art. 139 ist sie nicht von ungefähr nicht erwähnt¹⁶⁵. Aus Analogie die Wirkungen der Verzeihung auf Art. 139 auszudehnen, ist nur ein Akt individueller Ueberzeugung¹⁶⁶, kann aber rechtlich nicht begründet werden. Dass die Verzeihung eines entehrenden Verbrechens gar nicht möglich ist, erhellt aus dem Umstand, dass die Spitze eines Verbrechens sich nicht gegen den Ehepartner, sondern gegen einen Dritten oder gegen die Allgemeinheit richtet¹⁶⁷. Ein Verbrechen ist wohl eine Verletzung ehelicher Pflichten; es steht aber nirgends geschrieben, dass ein Ehegatte alle Verletzungen ehelicher Pflichten seines Ehepartners rechtswirksam verzeihen könne¹⁶⁸. Es wurde oben (¹⁶⁹) ausgeführt, dass indirektes Verschulden nicht verziehen werden kann. Gerade beim entehrenden Verbrechen können sich Folgeerscheinungen auch erst nach vielen Jahren zeigen, z. B. die Schande für die Familie, die erst nach langer Zeit recht drückend wird, oder lange Gefangenschaft eines Ehegatten und Wiederaufnahme

¹⁶⁴ Grisel S. 293.

¹⁶⁵ Thurnheer S. 98.

¹⁶⁶ Diese Ansicht vertreten Knus S. 231 und Briner, Die Ehescheidungsgründe im ZEG von 1874 und im ZGB, Diss. Aarau 1911, S. 163.

¹⁶⁷ BGE 53 II 196.

¹⁶⁸ — a. M. scheinbar Knus S. 229.

¹⁶⁹ Kapitel 2, Abschnitt 3.

des ehelichen Zusammenlebens unter stark veränderten Verhältnissen.

Wie die Verzeihung kann eine nachträgliche Zustimmung die Schuld des verbrecherischen Ehegatten und den Scheidungsanspruch seines Ehepartners nicht ausschliessen. — Auch Zustimmung zum voraus schliesst die Schuld nicht aus, denn primär richtet sich ja das schuldhafte Verhalten gegen Dritte. Der zustimmende Ehegatte kann die aus dem Verbrechen entstehende Situation nicht zum voraus beurteilen¹⁷⁰.

Anders liegen die Verhältnisse im Falle von Mitverschulden, da der Ehepartner des Verbrechers selber als schuldiger Ehegatte auftritt. An der Anstosserrégung vor der Öffentlichkeit hat er mitgewirkt. Die Situation, in der er sich befindet, hat er zum Teil selber verschuldet. Dem Mitverschulden kommt nur insofern Bedeutung zu, als es nach objektiven Gesichtspunkten das Verbrechen des Ehepartners als nicht mehr entehrend erscheinen lässt, z.B. der Ehepartner wurde zu seinem Verbrechen angestiftet. Der Scheidungsgrund des entehrenden Verbrechens darf nicht aus blossen Billigkeitsüberlegungen eingeengt werden. In ganz krassen Fällen ist allerdings die Klage wegen Rechtsmissbrauch abzuweisen¹⁷¹.

Das Gesetz räumt dem beleidigten Ehegatten das Recht ein, „jederzeit“ zu klagen. Es erscheint aber als dem Sinne des Gesetzes widersprechend, ohne Zeitbegrenzung ein Damoklesschwert über dem Ehepartner hängen zu lassen¹⁷². Es gibt einen Zeitpunkt, in welchem das Verbrechen nicht mehr schwerwiegende Wirkungen auf die Stellung des Ehegatten hat. Von diesem Momente an ist das Verbrechen nicht mehr als zu einer allfälligen Zerrüttung kausal zu betrachten. Dieser Zeitpunkt liegt frühestens einige Jahre nach der Wiederaufnahme der ehe-

¹⁷⁰ — a.M. Gisi S. 456: Zustimmung gilt bei allen Scheidungsgründen als Klageausschlussgrund; denn in der Zustimmung ist Mitverschulden inbegriffen und der Ehegatte setzt durch Zustimmung immer sein Interesse hintan.

¹⁷¹ Trotz Verurteilung der Frau wegen Gehülfenschaft, hat sie einen Scheidungsanspruch SJZ 43 S. 309; die Möglichkeit einer Abweisung der Klage wegen Rechtsmissbrauch erwähnen Picot S. 7a und Komm. Gmür N. 6a zu Art. 139.

¹⁷² Picot S. 13a.

lichen Gemeinschaft. Von diesem Momente an hat der auf Scheidung klagende Ehegatte auch die Kausalität des entehrenden Verbrechens zur tiefen Zerrüttung zu beweisen¹⁷³.

C. Unehrenhafter Lebenswandel.

I. Definition und Wesen.

Unehrenhafter Lebenswandel ist ein andauerndes schlechtes Verhalten, das nach allgemeiner Anschauung die Achtungswürdigkeit herabsetzt¹⁷⁴.

Das Verhalten muss andauernd schlecht sein. Einmaliges schlechtes Aufführen z.B. betrunken heimkehren, genügt nicht. Bereits Passivität, z.B. Duldung unzüchtiger Darbietungen im eigenen Gasthausbetrieb, kann den Tatbestand des unehrenhaften Lebenswandels erfüllen.

Dieser Scheidungsgrund betrifft solche Ehegatten, die nicht einen direkten Angriff gegen den Ehepartner oder gegen die eheliche Gemeinschaft richten, die sich aber vor der Ehe respektlos, nach objektiven Gesichtspunkten in einer mit dem Wesen der Ehe unvereinbaren Art verhalten. Ob der Ehepartner die Art des Verhaltens als unehrenhaft betrachtete, spielt keine Rolle, da es sich auch hier vor allem um indirektes Verschulden handelt.

Schuldfähigkeit des unehrenhaft handelnden Ehegatten muss während einer angemessenen Dauer des Verhaltens vorliegen. Sie braucht nicht unbedingt bis zum Schluss gedauert zu haben. Welches Verhalten einen unehrenhaften Lebenswandel darstellt, ist als den Ehegatten bekannt vorauszusetzen. Auch die Ehwidrigkeit eines solchen Verhaltens hat als allgemein bekannt zu gelten. Es ist a priori zu vermuten, dass der Ehegatte weiss, dass er eheliche Pflichten verletzt. — Wenn das Verhalten des Ehegatten eine gemeine Gesinnung an den Tag bringt, so kann auch Fahrlässigkeit den Tatbestand des unehrenhaften Lebenswandels erfüllen¹⁷⁵.

¹⁷³ Mit der Zeit erlöscht das Klagerecht: BGE 53 II 196; Gisi S. 459; Picot S. 6a; Seeger S. 126a.

¹⁷⁴ Komm. Gmür N. 7 zu Art. 139.

¹⁷⁵ Picot S. 14a; Seeger S. 128a.

II. Unehrender Lebenswandel und Schuld beim Scheidungsanspruch.

Der Scheidungsgrund des unehrender Lebenswandels ist relativ. Durch die Zumutbarkeitsklausel wird in beschränktem Masse das Schuldkompensationsprinzip zur Anwendung gebracht. Der Ehegatte, der sich selber unehrender verhält, kann nicht behaupten, er sei durch das Verhalten seines Ehepartners in schlechten Ruf geraten. Ein weiteres Zusammenleben kann ihm zugemutet werden.

Verzeihung des unehrender Lebenswandels spricht für Zumutbarkeit¹⁷⁶. Die Situation, in der er steht, die Schande kann der Ehepartner zwar nicht verzeihen; aber Verzeihung entspricht immer einem Entschlusse, das gemeinsame Leben fortzuführen.

Zustimmung bedeutet nicht regelmässig Zumutbarkeit¹⁷⁷. Vor dem Abschluss des unehrender Verhaltens steht das Endergebnis noch nicht fest. Für das Ertragen der Folgen des unehrender Lebenswandels kann der Ehegatte vor dem Abschluss noch keine verbindliche Erklärung abgeben. Nicht vermutete, neue Umstände könnten seiner Zustimmung eine ungewollte Tragweite geben. Dennoch ist eine Zustimmung zum voraus ein Indiz dafür, dass die Fortführung der ehelichen Gemeinschaft dem Ehepartner zuzumuten ist, denn er hat die zerrüttenden Folgen weitgehend in Kauf genommen.

Ein Mitverschulden wird durch ein schuldhaftes Verhalten begründet, das zum Enderfolg, zum unehrender Lebenswandel, kausal war. Die Folgeerscheinungen, wie schlechter Ruf, Misskredit, hat der mitschuldige Ehegatte zum Teil selbst verschuldet. Er darf deshalb keine allzugrosse Empfindlichkeit zeigen. Mitverschulden bedeutet nur insofern Zumutbarkeit, als es an und für sich für die widerwärtigen Nebenfolgen des unehrender Lebenswandels mit kausal war.

Der Ansicht Marchands¹⁷⁸, eine Scheidungsklage könne nur

¹⁷⁶ Komm. Gmür N. 11 zu Art. 139; Knus S. 232; Grisel S. 293.

¹⁷⁷ Knus S. 245.

¹⁷⁸ Le divorce et la séparation de corps dans le CSS, Diss. Montpellier 1921, S. 48.

so lange angestrengt werden, als der unehrenhafte Lebenswandel andauere, da das Gesetz in der Gegenwartsform spreche, kann nicht beigespflichtet werden, denn der Scheidungsgrund des unehrenhaften Lebenswandels umfasst indirekte Verletzungen ehelicher Pflichten, deren Auswirkungen sich oft erst geraume Zeit nach dem Abbruch des missbilligten Verhaltens offenbaren. Beide Ansichten vereinigt jedoch das Zumutbarkeitsprinzip, welches eine prinzipielle Lösung der Frage der Verjährung überflüssig werden lässt.

III. Abgrenzung gegen den allgemeinen Scheidungsgrund.

Wie beim Scheidungsgrund der schweren Ehrenkränkung wird oft der allgemeine Scheidungsgrund angewandt, wo der spezielle Scheidungsgrund des unehrenhaften Lebenswandels am Platze wäre. Dass der spezielle Scheidungsgrund lediglich eine Spezialisierung des allgemeinen ist, bleibt ausser Zweifel, doch hat er eine eigene Zweckbestimmung¹⁷⁹: Wenn sich ein Ehegatte im direkten Verkehr mit seinem Ehepartner korrekt verhält, dessen Ansehen aber durch sein Gebaren vor der Aussenwelt schmälert, genügt die Erfüllung des Tatbestandes des unehrenhaften Lebenswandels zur Begründung eines Scheidungsanspruchs. Er setzt das Höchstmass des Erträglichen für den Ehepartner fest. Eine tiefe Zerrüttung braucht beim Scheidungsgrund des unehrenhaften Lebenswandels nicht erwiesen zu sein. Ist der Tatbestand des unehrenhaften Lebenswandels nicht erfüllt, so kommt eine Scheidung wegen tiefer Zerrüttung nicht in Frage, wenn nicht ein zusätzliches Moment den Scheidungsanspruch aus Art. 142 begründen hilft, z. B. ein Ehemann, der gegenüber seiner Familie seine wirtschaftlichen und moralischen Pflichten erfüllt, kommt in geraumen Zeitabständen betrunken heim, tut aber niemand etwas zuleide. Die Ehefrau soll ausharren und ihren Ehemann zu bessern suchen. Sie soll nicht aus dem allgemeinen Scheidungsgrund eine Scheidung erwirken können.

¹⁷⁹ für die Abschaffung dieses Scheidungsgrundes treten ein: Seeger S. 128 und Grisel S. 297.

Abschnitt 4

Art. 140, Verlassung

I. Definition und Wesen

Der Tatbestand der böswilligen Verlassung oder des Fernbleibens ohne wichtigen Grund ist die unbefugte Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft wider den Willen des Ehepartners.

Bereits das Nichtzurückkehren zum ehelichen Domizil erfüllt den Tatbestand der Verlassung. Der Ehegatte, der seinen Willen, nicht mehr weiter mit dem Ehepartner zu leben, in die Tat umsetzt, verlässt, z. B. die Ehefrau weigert sich, dem Ehemann in den neuen Wohnsitz zu folgen oder der Ehemann weigert sich, seine Ehefrau bei sich aufzunehmen. Die häusliche Gemeinschaft gilt bereits dann als aufgehoben, wenn die Ehegatten tatsächlich von Tisch und Bett getrennt sind, auch wenn sie nicht weit voneinander entfernt leben.¹⁸⁰

Durch die Verlassung wird die unmittelbarste eheliche Pflicht, die Pflicht zur ehelichen Gemeinschaft verletzt. Auch speziellere Pflichten, wie sie das Gesetz in Art. 160 und 161 vorsieht, werden durch die Verlassung verletzt. Wann Verlassung rechtswidrig ist, wird nach dem Begriff der Böswilligkeit und nach dem Begriff der wichtigen Gründe, die zum Fortbleiben berechtigen, beurteilt. Das Verhältnis dieser beiden Begriffe bedarf der Erläuterung. Der Scheidungsgrund der Verlassung nennt als Tatbestandsmerkmal alternativ Böswilligkeit oder das Fehlen wichtiger Gründe. Es drängt sich zunächst der Schluss auf, dass die beiden Begriffe sich nicht decken. Dem ist aber nicht so, was im Folgenden auszuführen ist:

Was einen wichtigen Grund darstellt, bestimmt der Richter in Anbetracht der Verhältnisse der Ehegatten. Wie Meli¹⁸¹ betont, ist nicht nur die Verletzung einer gesetzlichen Pflicht (Art. 170) als wichtiger Grund zu betrachten, sondern alles, was nach Recht und Billigkeit (Art. 4) dem Ehegatten ein weiteres

¹⁸⁰ Seeger S. 129a.

¹⁸¹ V. Meli, Zur Auslegung von Art. 140 ZGB, in SJZ 16 S. 302 303; s. auch Picot S. 15a.

Zusammenleben nicht mehr zumutbar macht. Auch das Empfinden des Ehegatten muss berücksichtigt werden. Durch den Begriff der wichtigen Gründe wird der Scheidungsgrund der Verlassung in beschränktem Umfang zum relativen Scheidungsgrund¹⁸².

In Bezug auf den Begriff der Böswilligkeit ist in Uebereinstimmung mit Meli ein Verhalten so lange nicht als böswillig zu betrachten, „als menschliche Billigkeit dem Bedürfnis, dem es entsprungen, ein gewisses Verständnis nicht entsagen kann“. Böswilligkeit ist hier kein terminus technicus. Der menschliche Sprachgebrauch soll über den Sinn von Art. 140 Auskunft geben.

Ein Vergleich beider Begriffe ergibt, dass sie sich genau decken. Das Verständnis für das Bedürfnis, dem die Verlassung entsprungen ist, entspricht der Zumutbarkeit des weiteren Zusammenlebens. Der Begriff der Böswilligkeit umfasst nicht mehr als das Nichtvorliegen eines wichtigen Grundes. Da der Begriff der böswilligen Verlassung ein unpräziser Begriff ist, verdient die Variante des Fortbleibens ohne wichtige Gründe den Vorzug.

Beim Scheidungsgrund der Verlassung gilt insofern eine Abweichung von allgemeinen scheidungsrechtlichen Prinzipien, als eine fahrlässige Verletzung der Pflicht zum ehelichen Zusammenleben nicht möglich ist. Der Tatbestand der Verlassung an und für sich lässt eine fahrlässige Begehung als ganz ausgeschlossen erscheinen. Ein fahrlässiges zweijähriges Wegbleiben ist gar nicht denkbar. Die Verlassung muss aber nicht absichtlich sein¹⁸³. Es genügt, wenn der verlassende Ehegatte den Vorsatz hat, seinen Ehepartner zu verlassen.

Ein Irrtum ist nur dann beachtlich, wenn er sich auf tatsächliche Feststellungen stützt, z. B. der Ehegatte glaubt irrtümlicherweise, sein Ehepartner unterhalte noch ehebrecherische Beziehungen, weil er die fragliche Drittperson in die Wohnung

¹⁸² BGE 40 II 7: Die Ehefrau hat ihrem Ehemanne auch zu seinen Eltern zu folgen. Erst wenn ein Umstand vorliegt, der ihr eindeutig das Zusammenleben mit ihren Schwiegereltern unzumutbar macht, hat sie einen wichtigen Grund, um ihren Ehemann zu verlassen.

¹⁸³ Komm. Gmür N. 2 zu Art. 140 und Tuor S. 136 gehen da zu weit; besser: Komm. Egger N. 3 zu Art. 140: die Verlassung muss eine willentliche sein.

des Ehepartners eintreten sah. — Denkbar ist ferner ein fahrlässiger Irrtum über die Voraussetzungen der wichtigen Gründe, z. B. der Ehegatte hätte bei Anwendung angemessener Sorgfalt wissen können, dass sein Ehepartner nicht mehr bei seinen Eltern lebt. Fahrlässiger Irrtum ist als schuldhaftes Verhalten zu werten, denn der Ehegatte, der seinen Ehepartner wegen eines wichtigen Grundes verlassen hat, muss jederzeit bereit sein, bei Wegfall des wichtigen Grundes zu seinem Ehepartner zurückzukehren.

Die physische Unmöglichkeit, sich von einem Orte wegzubegeben, der Zwang (Gefangenschaft, schwere Krankheit) nimmt dem Verhalten des Verlassenden die Schuldhaftigkeit. Eine Drohung entschuldigt den Verlassenden, wenn mit der Drohung höhere Werte in Gefahr gebracht werden, z. B. wenn Du nicht sofort die Schweiz verlässt, erstatte ich gegen Dich Strafanzeige für ein früheres Verbrechen. Eine temporäre Verlassung des Ehepartners ist nicht eine schwere Verletzung ehelicher Pflichten, wenn sie nicht Ausdruck einer ehewidrigen Gesinnung ist. Der verlassende Ehegatte hat aber die Pflicht, mit allen Mitteln zu versuchen, die eheliche Gemeinschaft wieder aufzunehmen. Sobald er vom Wegfall der Drohung erfährt, hat er zum Ehepartner zurückzukehren. Tut er es nicht, so beginnt die zweijährige Frist des Art. 140 zu laufen.

Die richterliche Aufforderung des verlassenden Ehegatten, zu seinem Ehepartner zurückzukehren, erfolgt ohne Prüfung der Schuldverhältnisse, denn sie schafft lediglich eine Prozessvoraussetzung¹⁸⁴.

Das Nichtvorliegen eines wichtigen Grundes ist eine negative Tatsache und muss daher nicht vom Kläger, kann aber vom Beklagten bewiesen und muss vom Richter ex officio als schuldverneinende Tatsache geprüft werden, wenn aus dem vor gebrachten Prozesstoff ein diesbezüglicher Schluss gerechtfertigt ist¹⁸⁵.

¹⁸⁴ Picot S. 15a.

¹⁸⁵ Wiget, Festschrift Egger S. 335.

II. Verlassung und Schuld beim Scheidungsanspruch.

Das Recht des Ehegatten, die häusliche Gemeinschaft aufzuheben, wenn ein wichtiger Grund im Sinne von Art. 140 vorliegt, entspricht einem, dem Schuldkompensationsprinzip ähnlichen Prinzip¹⁸⁶. Hat der verlassene Ehegatte eine eheliche Pflicht schwer verletzt, so verliert er den sonst durch die Verlassung entstehenden Scheidungsanspruch, wenn in seinem Verhalten ein wichtiger Grund erblickt werden kann. Es ist jedoch unbillig, diesen Zustand andauern zu lassen, wenn das ehewidrige Verhalten des verlassenen Ehegatten aufhört. Der Richter hat zu ermessen, von welchem Zeitpunkt an dem verlassenden Ehegatten die Rückkehr zuzumuten war. Das Verhältnis ändert sich, wenn ein verlassener Ehegatte seinerseits seinen Ehepartner verlässt. Dies kann er, indem er ihm alle Rückkehrmöglichkeiten abschneidet, z. B. Verreisen nach Übersee. In diesem Falle kann auch der zuerst verlassene Ehegatte nicht mehr auf Scheidung klagen, denn seine Weigerung, das gemeinsame Leben wieder aufzunehmen, stellt zu Gunsten seines Ehepartners einen wichtigen Grund im Sinne von Art. 140 dar. Erst vom Momente an, in welchem einer der Ehegatten bereit war, das gemeinsame Leben wieder aufzunehmen, beginnt zu seinen Gunsten die zweijährige Frist zu laufen.

Der Scheidungsgrund der Verlassung ist absolut. Eine beschränkte Relativität kommt allerdings im Begriff der wichtigen Gründe aber mit umgekehrtem Vorzeichen zum Ausdruck. Eine Verlassung ist böswillig, wenn deren Motiv nicht schwerwiegend genug ist, um sie als angemessen, vielmehr aber die Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft als zumutbar erscheinen lässt.

In der Wiederaufnahme der ehelichen Gemeinschaft ist implizite Verzeihung zu erblicken¹⁸⁷. Vor der Wiedervereinigung kann Verzeihung keine rechtlichen Wirkungen nach sich ziehen, da die Verlassung ein Dauerzustand ist, dessen Wirkungen sich täglich erneuern. Hingegen bewirkt die Verzeihung einer Verletzung ehelicher Pflichten, die als wichtiger Grund im Sinne

¹⁸⁶ Knus S. 76.

¹⁸⁷ Knus S. 232.

von Art. 140 hätte gelten können, dass die Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft als zumutbar und eine allenfalls erfolgte Verlassung als ungerechtfertigt erscheinen.

Wusste der verlassende Ehegatte bei der Verlassung von einer Zustimmung seines Ehepartners, so ist sein Verhalten nicht rechtswidrig. Es liegt dann keine eigentliche Verlassung vor, sondern nur eine Vereinbarung, getrennt zu leben. Eine solche legitimiert nicht zu einer Scheidungsklage¹⁸⁸. Erfolgt die Zustimmung erst nachträglich, so wird die einseitige Verlassung zu einer Vereinbarung der Ehegatten, getrennt zu leben. Der Tatbestand der Verlassung ist dann nicht mehr erfüllt und der Lauf der zweijährigen Frist wird vom Zeitpunkt der Kenntnisnahme der Zustimmung durch den verlassenden Ehegatten an gehemmt¹⁸⁹.

Abschnitt 5

Art. 141, Geisteskrankheit.

I. Allgemeines.

Art. 141 spricht nicht von einem schuldigen Ehegatten. Nur selten ist das Verschulden eines Ehegatten von Bedeutung. Es gibt aber Fälle, bei welchen trotz Vorliegen einer Geisteskrankheit von einem Verschulden des kranken Ehegatten gesprochen werden kann¹⁹⁰, z. B. Psychopathie, Neurosen, Alkoholismus etc. Ob im speziellen Fall von Schuld gesprochen werden kann, entscheidet der Richter gestützt auf das Gutachten von Sachverständigen.

II. Verschulden des Ehepartners an der Geisteskrankheit.

Die Klage des Ehegatten, der schuldhaft die Geisteskrankheit seines Ehepartners verursacht, verschlimmert oder ausgelöst

¹⁸⁸ BGE 55 II 291.

¹⁸⁹ Zustimmung schliesst den Tatbestand des Art. 140 aus: Kommentar Egger N. 3 zu Art. 140; Kommentar Gmür N. 4 zu Art. 140; Knus S. 245; Grisel S. 323.

¹⁹⁰ Dukor S. 259.

hat, darf nicht wegen dieses Verschuldens abgewiesen werden, wenn nicht sein Verschulden für ihn Zumutbarkeit der Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft bedeutet¹⁹¹. Ein solches Vorgehen widerspräche dem Sinne des Scheidungsgrundes der Geisteskrankheit, durch welchen dem Ehegatten eines Geisteskranken die Auflösung einer Ehe erleichtert werden soll, die inwendig hohl ist und die Erfüllung der Ehezwecke nicht mehr ermöglicht. Es geht nicht an, den Ehepartner des Geisteskranken bloss wegen seines Verschuldens, gleichsam strafweise, zu zwingen, weiter in der ehelichen Gemeinschaft auszuharren. Hingegen muss bei der Aufstellung der Schuldrechnung das Verschulden des an der Geisteskrankheit mitschuldigen Ehegatten gebührend berücksichtigt werden¹⁹².

III. Verschulden des Geisteskranken an seiner Geisteskrankheit.

Es ist klar, dass bezüglich eines Geisteskranken nicht von Verschulden gesprochen werden kann. Da in einem Scheidungsprozess immer der gerade vorliegende Zustand massgebend ist, kann ein Verschulden des Geisteskranken an seiner Geisteskrankheit nicht von Bedeutung sein. Die gleiche Überlegung trifft zu, wenn der geisteskranke Ehegatte schon vor der Eheschliessung von seiner Geisteskrankheit wusste und sie dem Ehepartner verheimlichte. Es bleibt dem Ehepartner unter gegebenen Umständen vorbehalten, die Ehe anzufechten. Der erwähnte Tatbestand ist jedenfalls geeignet, eine Scheidungsklage auf Grund von Art. 142 zu begründen¹⁹³. Der Auffassung Picots¹⁹⁴, der geisteskranke Ehegatte habe bei der Eheschliessung nicht die Pflicht, seinen Ehepartner über das Vorliegen einer Geisteskrankheit zu orientieren, kann nicht beigelegt werden. Das Wesen der Ehe als auf der Voraussetzung eines uneingeschränk-

¹⁹¹ — so Grisel S. 293; a. M. Dukor S. 247, der Abweisung der Klage wegen Rechtsmissbrauch verlangt. Dieser Überlegung fehlt die rechtliche Grundlage.

¹⁹² Kommentar Gmür N. 21 zu Art. 141.

¹⁹³ Dukor S. 301.

¹⁹⁴ S. 17a.

ten gegenseitigen Vertrauens aufgebaute, allumfassende Lebensgemeinschaft erfordert, dass die Ehegatten nichts voreinander verheimlichen.

IV. Kollision mit anderen Scheidungsgründen.

Begeht der geisteskranke Ehegatte eine Handlung, die für einen gesunden Ehegatten eine schwere Verletzung ehelicher Pflichten darstellen würde, so kann er nicht dafür verantwortlich gemacht werden. Der Geisteskranke handelt nicht schuldhaft. Es gibt aber Fälle, in welchen auch ein abnormaler Mensch sich schuldhaft verhalten kann. Dabei kann analog zum Strafrecht von mehr oder weniger verminderter Zurechnungsfähigkeit gesprochen werden¹⁹⁵. In Fällen verminderter Zurechnungsfähigkeit kann die Scheidung auch auf Grund des Verschuldens des Geisteskranken gegen ihn ausgesprochen werden¹⁹⁶.

Häufiger trifft der umgekehrte Fall zu: Der gesunde Ehegatte verletzt derart die ehelichen Rechte und Pflichten, dass auf Grund dieser Verfehlungen jederzeit auf Scheidung geklagt werden könnte. Trotzdem geht der Scheidungsanspruch des gesunden Ehegatten aus Art. 141 nicht unter. Da ihn aber schwereres Verschulden an der Zerrüttung der Ehe trifft und seinem geisteskranken Ehegatten überhaupt kein oder nur in vermindertem Masse Verschulden vorgeworfen werden kann, ist es ihm verwehrt, auf Grund eines andern Scheidungsgrundes zu klagen. Der Geisteskranke kann seinerseits nur dann auf Scheidung klagen, wenn er urteilsfähig ist, da niemand an seiner Stelle seine höchstpersönlichen Rechte, wie z. B. das Recht auf Scheidung zu klagen, ausüben kann¹⁹⁷. Bei Urteilsunfähigkeit des geisteskranken Ehegatten ist also eine Scheidungsklage vor Ablauf der dreijährigen Frist von Art. 141 überhaupt nicht möglich. Eine Scheidung ist auch nicht dringend. Ein Allgemeininteresse an der Auflösung einer solchen Ehe besteht nicht. Auch das Interesse der Allgemeinheit an der Legitimität allfälliger ausserehelicher Kinder, die der gesunde Ehegatte mit einem Dritten zeugt, rechtfertigt allein

¹⁹⁵ Dukor S. 270; vgl. auch oben Kapitel 2, Abschnitt 1 sub 2a.

¹⁹⁶ BGE 51 II 364.

¹⁹⁷ BGE 41 II 556; 68 II 144.

keinen Einbruch in die Prinzipien des Scheidungsrechts, bleibt doch der Grundgedanke der, dass die Ehe eine Gemeinschaft für gute und böse Tage ist.

Gestützt auf Art. 142 kann der gesunde Ehegatte nur dann klagen, wenn die Zerrüttung schon vor der Geisteskrankheit vorlag oder wenn die Voraussetzungen des Art. 141 nicht lückenlos erfüllt sind (z. B. die Geisteskrankheit ist nicht unheilbar) und noch weitere zerrüttende Umstände dazukommen¹⁹⁸.

V. Schuldrechnung.

Es geht nicht an, gegen einen Geisteskranken Schuldfolgen zu verhängen. Die Verletzungen ehelicher Pflichten durch den gesunden Ehegatten müssen hingegen in der Schuldrechnung ihre Berücksichtigung finden¹⁹⁹.

Beide Ehegatten können zu Unterhaltsleistungen verpflichtet werden. Der Geisteskranke ist in der Regel schuldlos. Steht er in guten finanziellen Verhältnissen, so kann auch er zur Leistung von Unterhaltsbeiträgen verpflichtet werden, wenn sein Ehepartner schuldlos ist²⁰⁰.

Abschnitt 6

Art. 142, Tiefe Zerrüttung.

I. Allgemeines.

Der allgemeine Scheidungsgrund ermöglicht dem Richter, auch dann eine Scheidung auszusprechen, wenn kein Verschulden eines Ehegatten vorliegt. Der Richter hat nur auf die tatsächliche Zerrüttung im Momente der Urteilsfällung abzustellen. Ob die Zerrüttung schuldhaft verursacht wurde, ist nicht massgebend²⁰¹.

¹⁹⁸ Dukor S. 250; BGE 50 II 427, 51 II 364.

¹⁹⁹ — z. B. in BGE 68 II 144.

²⁰⁰ — z. B. in BGE 51 II 364.

²⁰¹ — vgl. BGE 50 II 427; 71 II 49.

Eine tiefe Zerrüttung liegt vor, wenn die Ehe ihren Zweck (geistige, körperliche, moralische Lebensgemeinschaft zur gegenseitigen Ergänzung und Haltgebung und zur Schaffung einer Familie) nicht mehr erfüllt²⁰². Die tiefe Zerrüttung ist ein Zustand und muss objektiv bewertet werden. Eine subjektive Beurteilung entspricht selten der Lage der Dinge; was dem einen als Katastrophe erscheint, ist für den andern weniger schwerwiegend²⁰³.

Zum objektiven Erfordernis der tiefen Zerrüttung gesellt sich ein subjektives Moment. Der Scheidungsgrund der tiefen Zerrüttung ist relativ. Zerrüttung und Nichtzumutbarkeit sind oft gegenseitig bedingt, doch muss man beide Begriffe klar auseinanderhalten. Bei der Zerrüttung wird das Resultat eines Verhaltens objektiv beurteilt; bei der Zumutbarkeit wird auf Grund des Geschehenen das Wahrscheinliche, Zukünftige beurteilt, gemessen an den beiden Individuen. Für die Beurteilung der wahrscheinlichen Zukunft ist es sehr wichtig, über die Ursachen der Zerrüttung orientiert zu sein²⁰⁴.

II. Die Schuld an der Zerrüttung.

Bei der Anwendung des allgemeinen Scheidungsgrundes ist eine freie und gerechte Beurteilung der Schuldverhältnisse möglich. Jede schuldhafte Handlung eines Ehegatten kann schon bei der Frage nach dem Scheidungsanspruch berücksichtigt werden. Sowohl direktes als auch indirektes Verschulden fallen in Betracht. Auch verziehene oder sonstwie in ihrer Wirkung verbiessene, schuldhafte Handlungen eines Ehegatten sind massgebend²⁰⁵.

Es gibt Fälle, in welchen auch bei einer Scheidungsklage aus dem allgemeinen Scheidungsgrund das erforderliche Mass an Verschulden nach unten begrenzt ist. Wenn eine Ehe nur wegen eines einzigen Schuldtatbestandes geschieden werden soll, im

²⁰² — vgl. Komm. Egger, Vorbem. 11 zum Vierten Titel: Die Ehescheidung.

²⁰³ Gerwig, Ferienkurs S. 48.

²⁰⁴ BGE 52 II 317.

²⁰⁵ BGE 53 II 440, 65 II 101.

Übrigen aber nichts für die Zerrüttung spricht, so muss dieser Schuldtatbestand an Schwere einer Verletzung ehelicher Pflichten gleichkommen, die den Tatbestand eines speziellen Scheidungsgrundes erfüllt. Art. 142 soll im Vergleich zu den speziellen Scheidungsgründen die Scheidung nicht erleichtern. Er ist nur eine Ergänzung zu den speziellen Scheidungsgründen im Hinblick darauf, dass die Tatbestände der speziellen Scheidungsgründe nicht alle Situationen des täglichen Lebens umfassen können.²⁰⁶

Im allgemeinen Scheidungsgrund kommen die Elemente des ehescheidungsrechtlichen Schuldbegriffes ganz deutlich zur Geltung. Rechtswidrigkeit liegt immer dann vor, wenn das Verhalten des Ehegatten die Erfüllung der Ehezwecke verunmöglichen hilft.

III. Offizialmaxime.

Gerade beim allgemeinen Scheidungsgrund ist es wichtig, dass der Richter ex officio auf den Grund des vorgebrachten Tatbestandes gehe, denn es handelt sich hier nicht um den Beweis, dass ein bestimmter Schuldtatbestand erfüllt sei, sondern darum, ob ein nicht scharf zu umschreibender Zustand ehelicher Zerrüttung bestehe²⁰⁷. Obschon tiefe Zerrüttung auch ohne Verschulden eines Ehegatten möglich ist, gilt für die Schuldfrage die Offizialmaxime²⁰⁸. Es ist darum unumgänglich, dass der Richter auch die Ursachen der tiefen Zerrüttung berücksichtige. Aus den Ursachen kann auf ein Verschulden der Ehegatten geschlossen werden. Sie sind nicht mit dem Zustand der Zerrüttung zu verwechseln²⁰⁹. Aus den Ursachen kann möglicherweise auf einen Klageausschlussgrund geschlossen werden. Die Kenntnis der tiefen Zerrüttung ist auch bei der Aufstellung der Schuldrechnung wichtig.

²⁰⁶ — vgl. dazu Komm. Gmür N. 25 zu Art. 142 und BGE 53 II 100.

²⁰⁷ — z. B. BGE 71 II 1.

²⁰⁸ — vgl. oben Kapitel 2, Abschnitt 5.

²⁰⁹ Knus S. 120.

IV. Tiefe Zerrüttung und Schuld beim Scheidungsanspruch.

Wenn ein relativer Scheidungsgrund zur Anwendung kommt, so haben Klageausschlussgründe keine wesentliche Bedeutung. Sie sind in der Frage der Zumutbarkeit inbegriffen.

Auch in Anwendung des allgemeinen Scheidungsgrundes ist das Schuldkompensationsprinzip ausgeschlossen. Gerade dann, wenn beiderseitige schwere Verstösse eine Zerrüttung bewirkt haben, darf eine Scheidung nicht verwehrt werden²¹⁰. Wie bei allen relativen Scheidungsgründen liegt allerdings in der Frage der Zumutbarkeit eine Art Schuldkompensation.

Durch Verzeihung wird die Zerrüttung nicht beseitigt. Eine tiefe Zerrüttung kann trotz vorangegangener Verzeihung vorliegen. Die Zerrüttung kann aber nicht verziehen werden, denn sie ist Gegenstand objektiver Feststellung. Verzeihung bedeutet hingegen meistens Zumutbarkeit. Ein Ehegatte, der verziehen hat, hat sich mit der Situation abgefunden²¹¹. Doch ist es klar, dass eine Änderung seiner Einstellung, somit also der Zumutbarkeit eintreten kann, wenn ein neuer ehewidriger Umstand dazwischentritt. Das neue Moment, das die Zumutbarkeit ausschliesst, kann eine weitere Verfehlung des Ehepartners sein. Es kann auch bloss im weiteren Zusammenleben liegen, das mit Gift und Galle unträglich wird. Es kann auch die Entdeckung früherer Verletzungen ehelicher Pflichten sein, die dem Ehegatten nie zu Ohren gekommen waren²¹². Es muss also nicht ein neues schuldhaftes Verhalten des Ehepartners, sondern kann auch nur ein Moment sein, das den Ehegatten zu einer begründeten Änderung seiner Einstellung bewegt.

Zerrüttung wird durch Zeitablauf nicht berührt, denn die tatsächliche Zerrüttung im Momente des Urteils ist allein massgebend. Allerdings verlieren weit zurückliegende Verletzungen ehelicher Pflichten mit der Zeit ihre beissende Schärfe. Zeitablauf ist auch ein deutliches Indiz für Zumutbarkeit. Der Ehegatte, der nach einer Verletzung ehelicher Pflichten durch seinen Ehepartner

²¹⁰ Roth S. 39; BGE 38 II 56.

²¹¹ BGE 53 II 440.

²¹² — z. B. BGE 50 II 319.

noch lange mit diesem weitergelebt hat, hat bewiesen, dass er die Fortführung der ehelichen Gemeinschaft nicht als unzumutbar empfindet.²¹³ Lebten die Ehegatten nicht beisammen, so fällt jedoch das Indiz für die Zumutbarkeit weg, weil für die Ehegatten keine Dringlichkeit bestand, auf Scheidung zu klagen²¹⁴.

Abschnitt 7

Art. 142 Abs. 2; Vorwiegende Schuld des Klägers.

Art. 142 Abs. 1 schränkt die allgemeine Bestimmung von Abs. 1 mit folgendem Wortlaut ein: „Ist die tiefe Zerrüttung vorwiegend der Schuld des einen zuzuschreiben, so kann nur der andere Ehegatte auf Scheidung klagen.“

I. Wann ist die Schuld vorwiegend?

Vorwiegend ist die Schuld eines Ehegatten, wenn die zur Zerrüttung kausalen Schuldmomente, die ihm zuzuschreiben sind, erheblich schwerer wiegen, als diejenigen seines Ehepartners.

Nur die kausalen Schuldmomente werden berücksichtigt²¹⁵. Diese Einschränkung ist bereits dem Wortlaut des Gesetzes zu entnehmen. Kausal ist jegliche Verletzung ehelicher Pflichten, die zur Entstehung der Zerrüttung beigetragen hat. Die chronologische Folge ist nicht allein massgebend²¹⁶. Eine Verletzung kann vor der Zerrüttung erfolgt sein, ohne zu dieser kausal zu sein²¹⁷.

Die Schuld des vorwiegend schuldigen Ehegatten muss erheblich schwerer sein. Die schweren Folgen, die an das „Vorwiegen“ der Schuld geknüpft werden, rechtfertigen eine strenge Begrenzung des Mindestmasses. Auf eine Ehe, in welcher nicht

²¹³ BGE 52 II 317, 71 II 2.

²¹⁴ BGE 38 II 12.

²¹⁵ — so BGE 68 II 65: Der Ehebrecher kann auch aus Art. 142 klagen, wenn die tiefe Zerrüttung nicht wegen des Ehebruchs entstanden ist.

²¹⁶ Grisel S. 324.

²¹⁷ Knus S. 184.

eindeutig feststeht, welchen der beiden Ehegatten ein schwereres Verschulden trifft, ist Art. 142 Abs. 2 nicht anwendbar, möge auch beiderseits noch so schweres oder noch so leichtes Verschulden vorliegen²¹⁸. Daraus folgt, dass das Verschulden des vorwiegend schuldigen Ehegatten an und für sich schon ein schweres sein muss. Bei nur leichtem Verschulden eines Ehegatten gegenüber Schuldlosigkeit seines Ehepartners kommt Artikel 142 Abs. 2 nicht zur Anwendung. Nicht erforderlich ist jedoch, dass die Zerrüttung überhaupt nur aus Verschulden der Ehegatten entstanden sei. Äussere widrige Umstände, wie wirtschaftliche Schwierigkeiten, Krankheit eines Ehegatten oder das Zusammenleben mit den Schwiegereltern könnten zur Zerrüttung beigetragen haben.

In gewissem Sinne kommt in Art. 142 Abs. 2 das Schuldkompensationsprinzip zur Anwendung²¹⁹. Der Unterschied liegt darin, dass in Anwendung von Art. 142 Abs. 2 lediglich die Abweisung des Klagebegehrens des vorwiegend schuldigen Ehegatten erfolgt, in Anwendung des Schuldkompensationsprinzips aber überhaupt nur noch der Schuldsaldo zwischen den Schuldkonten beider Ehegatten berücksichtigt wird²²⁰.

II. Officialmaxime

a) Beweislast

Zum Klagefundament von Art. 142 gehört der Beweis der tiefen Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses und der Nichtzumutbarkeit der Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft. Kraft der allgemeinen „*praesumptio boni viri*“²²¹ liegt dem Kläger der Beweis, dass ihn die vorwiegende Schuld an der tiefen Zerrüttung nicht treffe, nicht ob. Die vorwiegende Schuld des Klägers ist aber eine scheidungsverneinende Tatsache und muss als solche vom Richter *ex officio* geprüft werden. Ist die vorwiegende Schuld des Klägers offenbar, so muss unter allen Umständen die Klage abgewiesen werden.

²¹⁸ Knus S. 185.

²¹⁹ Seeger S. 159a spricht von scheinbarer Kompensation.

²²⁰ Knus S. 252.

²²¹ Gisi S. 455; Pruppacher S. 51; Picot S. 36a.

Entgegen dem Wortlaut des Gesetzes werden die genannten Konsequenzen in der Praxis und in der Lehre häufig nicht gezogen und sogar heftig angegriffen²²². Zur Beleuchtung der Frage, ob die Scheidungsklage des vorwiegend schuldigen Ehegatten ex officio abzuweisen sei und insbesondere ob ein Verzicht des Beklagten auf die Einrede von Art. 142 Abs. 2 das Gericht binde, mögen folgende allgemeine Erwägungen dienen:

b) Allgemeine Erwägungen.

Art. 142 Abs. 2 ist Ausdruck verschiedener öffentlicher Interessen:

1. Schutzbestimmung für den Beklagten. Art. 142 Abs. 2 bezweckt den Schutz des Beklagten vor Übervorteilung durch den vorwiegend schuldigen Kläger. Ein solcher Schutz ist nur dann wirksam, wenn die Untersuchung der Schuldfrage und die entsprechende Klageabweisung ex officio erfolgen. An diese Überlegung knüpft die Judikatur des Bundesgerichtes an²²³, welche davon ausgeht, dass Art. 142 Abs. 2 nur dem Schutz des Beklagten diene; eine Scheidung könne deshalb nicht gegen dessen Willen ausgesprochen werden, daraus folge e contrario, dass eine Scheidung zulässig sei, wenn sie nicht gegen den Willen des weniger schuldigen Teils erfolge²²⁴. Diese Erwägungen sind insofern zutreffend, als der Schutz des Beklagten als Zweck von Art. 142 Abs. 2 erwähnt wird, erfordert aber im Übrigen eine dahingehende Verfeinerung, dass der Schutz des Beklagten sich auch auf die Fälle erstreckt, in welchen er objektiv gesehen übervorteilt wird. Der vorwiegend schuldige Ehegatte soll nicht nur gegen den Willen sondern auch ohne den Willen des Ehepartners keine Scheidung erwirken können. Das argumentum e contrario heisst nicht: Nur „gegen den Willen“ des Beklagten ist keine Scheidung möglich, sondern: eine Scheidung ist nur dann möglich, wenn auch der Wille des weniger schuldigen Teils auf Scheidung gerichtet ist. Zwischen „pro“ und „contra“ Auflösung der

²²² — vgl. darüber die kurze und klare Zusammenstellung in BIZR 42 No. 138.

²²³ BGE 3, 380; 51 II 116; 71 II 199.

²²⁴ — in diesem Sinne auch Komm. Egger N. 15 zu Art. 142; Seeger S. 145a; Pruppacher S. 67; Knus S. 189.

Ehe liegt ein weites Feld mehr oder weniger ausgeprägter Passivität des weniger schuldigen Ehegatten. Damit der ex officio eintretende Schutz des weniger schuldigen Ehegatten beseitigt werde, ist eine positive Willenserklärung dieses Ehegatten erforderlich.

2. Öffentliches Interesse am Bestehen der Ehen. Auch die Erfüllung der ehelichen Pflichten, die für das Bestehen der Ehe Voraussetzung ist, stellt für die Allgemeinheit ein schutzwürdiges auch in anderen Gesetzesbestimmungen zum Ausdruck gelangendes Interesse dar²²⁵. Die Allgemeinheit hat deshalb daran ein Interesse, dass ein Ehegatte nicht durch eine von ihm schuldhaft hervorgerufene Zerrüttung eine Scheidung erwirken könne. Art. 142 Abs. 2 bezweckt die Verhinderung einer solchen Erleichterung der Scheidung.

3. Niemand darf aus eigenem Verschulden Rechtsvorteile ziehen, heisst ein alter Rechtssatz²²⁶. Dieser Rechtsatz wurde durch die Praxis des Bundesgerichtes²²⁷ schon unter der Herrschaft des ZEG als scheidungsrechtliche Maxime anerkannt und fand dann Aufnahme ins ZGB in Art. 142 Abs. 2, und zwar in diesem Sinne als Anwendungsfall von Art. 2²²⁸. Es geht nicht an, dem vorwiegend schuldigen Ehegatten darin einen Rechtsvorteil zu gewähren, dass er auf Grund eigenen Verschuldens sich durch die Scheidung seinen Pflichten entziehen kann. Auch die Zustimmung des Ehepartners zum Scheidungsbegehren des vorwiegend schuldigen Ehegatten ändert daran nichts, dass letzterer absolut gedacht, bei Gutheissung der Klage aus eigenem Verschulden einen Rechtsvorteil zieht²²⁹. Somit steht fest, dass nach dem Wortlaut des Gesetzes eine Scheidung nur auf Begehren des weniger schuldigen Ehegatten ausgesprochen werden darf. Dabei ist festzuhalten, dass der Schutz des weniger schul-

²²⁵ Art. 169 Schutz der Gemeinschaft, Art. 283 pflichtwidriges Verhalten der Eltern, Art. 213—220 StGB Verbrechen und Vergehen gegen die Familie.

²²⁶ *Nemo ex suo delicto meliorem suam conditionem facere potest*, Iustiniani Digesta 50, 17, 134, 1.

²²⁷ BGE 35 II 539.

²²⁸ — vgl. Komm. Egger N. 13 zu Art. 142; Grisel S. 324; BGE 54 II 2.

²²⁹ — a. M. Knus S. 189, Seeger S. 148a.

digen Ehegatten und das öffentliche Interesse am Bestehen der Ehen wegfallen, wenn der weniger schuldige Ehegatte sein Einverständnis zur Scheidung gibt, dass aber wegen des Satzes: Niemand darf aus eigenem Verschulden Rechtsvorteile ziehen, die Scheidungsklage des vorwiegend schuldigen Ehegatten auch bei Einverständnis des Ehepartners mit der Scheidung abgewiesen werden muss.

c) Zustimmung oder eigenes Begehren?

Aus gesagtem geht hervor, dass eine Scheidung nur dann ausgesprochen werden darf, wenn der weniger schuldige Ehegatte eine eigene Scheidungsklage erhebt. Gleicher Ansicht war früher das Bundesgericht²³⁰. Das Obergericht des Kantons Zürich hat diese Praxis im Jahre 1943 wieder angewandt²³¹; sie entspricht dem Sinn und dem Wortlaut des Gesetzes.

Man kann aber mit Gerwig²³² einig gehen, wenn er gegen diese Praxis menschliche Bedenken erhebt. Hat der vorwiegend schuldige Ehegatte die Ehe zertrümmert und eine Scheidungsklage eingereicht, so wird es seinem Ehepartner kaum mehr an einem weiteren Zusammenleben gelegen sein. Die Energie zu einer eigenen Scheidungsklage wird er aber oft nicht aufbringen. So führt Gerwig²³³ aus: „Es gibt doch . . . gerade unter solch schuldlosen Beklagten tief verwundete Naturen, die eine Lösung so sehr ersehnen wie der Kläger, die den andern nicht zwangsweise festhalten möchten, denen solche Zwangsgemeinschaft im Innersten widerstrebt und wehtut und für die doch die eigene Initiative eine übergrosse Last und innere Mühsal, geradezu unerträgliche Qual wäre.“ Wir können im Ehescheidungsrecht nicht einen obligationenrechtlichen Masstab anlegen, wonach jeder, der etwas will, sich zu wehren hat und, wer nicht aufbegehrt, seine Ansprüche verliert.

Eine Lockerung der strengen, gesetzestreuen Anschauung ist angebracht. Das soll nicht heissen, dass auf Grund eines blossen

²³⁰ BGE 33 II 380, 38 II 42, 38 II 56.

²³¹ BlZR 42 No. 138.

²³² Ferienkurs S. 54—55.

²³³ S. 55.

stillschweigenden Verzichts des weniger schuldigen Ehegatten auf die Einrede des Art. 142 Abs. 2 die Scheidungsklage des vorwiegend schuldigen Ehegatten gehört werden müsse²³⁴. Die Zustimmungserklärung des weniger schuldigen Teils muss bestimmte Minimalerfordernisse erfüllen. Mit Rücksicht auf die oben erwähnten öffentlichen Interessen ist es erforderlich, dass die Zustimmung den klaren Willen des weniger schuldigen Ehegatten ausdrücke und mit Rücksicht auf den Satz: Niemand darf aus eigenem Verschulden Rechtsvorteile ziehen, an Intensität einer Widerklage gleichkomme.

Eine solche Interpretation kann mit dem Gedanken gerechtfertigt werden, dass in der Zustimmung, die den klaren Willen des weniger schuldigen Ehegatten dartut, die Ehe zu lösen, eigentlich ein Scheidungsbegehren liegt. Nicht mehr der vorwiegend schuldige Ehegatte allein will scheiden, sondern beide Ehegatten. Eine Scheidung ist demnach nicht mehr nur ein Vorteil für den vorwiegend schuldigen Ehegatten, sondern der Wunsch beider. Die Zustimmung kommt in ihrem Endeffekt einer Widerklage gleich.

d) Die Formerfordernisse der Zustimmung

1. Bei der Zustimmungserklärung muss der Beklagte urteils- und zurechnungsfähig sein. War er z. B. in geistiger Umnachtung, stand er unter dem Einfluss starken Alkoholgenusses, so gilt die Zustimmung nicht. Ein nichturteilsfähiger Geisteskranker kann kein Scheidungsbegehren stellen. Desgleichen kann er auch weder selbst eine Zustimmungserklärung abgeben, noch dafür durch seinen Vormund vertreten werden.

2. Bei Abgabe der Zustimmungserklärung dürfen keine Willensmängel vorliegen. Die Zustimmungserklärung ist anfechtbar, wenn der weniger schuldige Ehegatte über ein Tatbestandsmerkmal irrte, das geeignet war, ihm die Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft als zumutbar erscheinen zu lassen, z. B. der Beklagte glaubt irrtümlicherweise, der Kläger habe früher Ehebruch begangen. Ein Irrtum über die Absicht des Ehepartners hinsichtlich der Regelung der Nebenfolgen ist unbeachtlich. Ein

²³⁴ In dieser Richtung liegt zwar die gegenwärtige Praxis des Bundesgerichtes, z. B. BGE 51 II 116 und der neuere Entscheid 71 II 199.

Ehegatte, der unter dem Einfluss einer Drohung der Scheidungsklage zustimmte, kann seine Zustimmung anfechten. Ist eine Berufung nicht mehr möglich, so muss dem Ehegatten, dessen Willen an einem Mangel litt, der Weg einer Revision des Scheidungsurteils offen bleiben.

3. Da die Zustimmung einer Widerklage gleichkommen soll, muss Zustimmungsabsicht vorliegen. „Wir dürfen doch einem guten Richter zutrauen, dass er herausfindet, ob die Zustimmung spontan und echt oder halb erzwungen, in halb unzurechnungsfähigem Zustande abgegeben worden ist“²³⁵. Die Zustimmung muss spontan vom Beklagten herrühren. Stillschweigende Zustimmung ist nicht möglich; auch schriftliche Zustimmung genügt nicht. Erforderlich ist, dass der Beklagte von sich aus vor Gericht seine Zustimmungserklärung abgebe. Der Richter hat ihn nicht darnach zu befragen. Der Richter muss in die Umstände bei der Abgabe der Zustimmungserklärung Einblick haben. Hat der Beklagte eine solche abgegeben, so muss sich der Richter davon überzeugen, dass dessen Absicht nicht bloss momentan ist.

e) Die Wirkungen der Zustimmung

Die Zustimmung bewirkt, dass der Beklagte sozusagen als Widerkläger auftritt. Da nur seine Mitwirkung eine Scheidung herbeiführen kann, ist die Frage der Zumutbarkeit auf ihn zu beziehen. Dem vorwiegend schuldigen Ehegatten kann die Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft, m.a.W. das Ablassen von seinem ehewidrigen Verhalten, meist zugemutet werden. Erst wenn die Frage der Zumutbarkeit auf den Beklagten bezogen werden kann, ist der Tatbestand von Art. 142 Abs. 1 erfüllt.

III. Abs. 2 gilt nur für den Tatbestand von Art. 142 Abs. 2.

Der Grundsatz, dass niemand aus eigenem Verschulden Rechtsvorteile ziehen könne, gilt für alle Scheidungsgründe. Die speziellen Scheidungsgründe geben jedoch einen Scheidungsanspruch ab, der nur durch die speziellen Klageausschliessungs-

²³⁵ Gerwig S. 55.

gründe ausgeschlossen werden kann, nicht aber bei eigenem schuldhaften Verhalten untergeht. Selbst wenn der Ehegatte an der tiefen Zerrüttung vorwiegend schuldig ist, kann er aus einem speziellen Scheidungsgrund klagen. Art. 142 Abs. 2 gilt nur für den allgemeinen Scheidungsgrund. Das geht schon aus den Worten: Ist die tiefe Zerrüttung vorwiegend..., hervor. Dass dem so sein muss, erhellt negativ aus dem Umstande, dass sonst der weniger schuldige Ehegatte seinerseits eheliche Pflichten verletzen könnte, ohne dass sein Ehepartner auf Scheidung klagen könnte, und eine Scheidung erst bei gleicher Schwere des Verschuldens möglich wäre. Auf diese Weise würde zwar nicht das Schuldkompensationsprinzip eingeführt, wohl aber dessen hauptsächlichsten Folgen: die Legitimation des Verschuldens des Ehepartners. Im Rahmen des allgemeinen Scheidungsgrundes ist die Frage weniger schwerwiegend, da es sich dort meist um nicht scharf umrissene Tatbestände handelt und die Qualifikation des Verschuldens elastisch bewertet wird²³⁶.

Abschnitt 8

Konkurrenz verschiedener Scheidungsgründe.

I. Der allgemeine und die speziellen Scheidungsgründe.

Der einzige triftige Scheidungsgrund ist: Die Ehe hat keinen Sinn mehr²³⁷. Dies trifft zu, wenn die Ehe so tief zerrüttet ist, dass den Ehegatten die Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft nicht zugemutet werden darf. Dieser Grundsatz liegt sowohl Art. 142 als auch den speziellen Scheidungsgründen zu Grunde. In den speziellen Scheidungsgründen werden spezielle Tatbestände umschrieben, die als zur Herbeiführung einer tiefen Zerrüttung (bei den absoluten Gründen auch der Nichtzumutbarkeit) genügend erachtet werden. Bei den speziellen, absoluten

²³⁶ Egger, Komm. 1. Auflage N. 4a zu Art. 138, N. 5a zu Art. 142; Seeger S. 169a; Grisel S. 323; BGE 57 II 243; a. M. aber Knus S. 183.

²³⁷ Egger, Scheidung und Scheidungsverfahren S. 408.

Scheidungsgründen wird stillschweigend das Vorliegen der tiefen Zerrüttung und der Nichtzumutbarkeit, bei den speziellen relativen Scheidungsgründen nur das Vorliegen der tiefen Zerrüttung vermutet²³⁸.

In dieser Hinsicht scheinen die speziellen Scheidungsgründe für den klagenden Ehegatten gegenüber dem allgemeinen Scheidungsgrund eine Erleichterung der Scheidung zu bedeuten, da der Beweis eines klar abgegrenzten Tatbestandes leichter zu erbringen ist als der Beweis des Vorliegens der Zerrüttung und der Nichtzumutbarkeit, die doch nur verschwommene Begriffe sind. Andererseits soll der allgemeine Scheidungsgrund nicht eine Herabsetzung des Masses, der zur Scheidung genügenden Zerrüttung, sondern vielmehr die Ausdehnung des Zerrüttungsprinzips auf jegliche Verletzung ehelicher Pflichten und auf Tatbestände, bei welchen keinen Ehegatten ein Verschulden trifft, darstellen.

Der allgemeine Scheidungsgrund umfasst in beliebiger Dehnbarkeit sämtliche Situationen des täglichen Lebens. Der Richter kann ihn restriktiv oder extensiv interpretieren. Eine rasche Anpassung des Scheidungsrechts an neue Lebensformen ist nur mittels des allgemeinen Scheidungsgrundes denkbar. Das Ermessen des Richters ist wendiger als der Gesetzgebungsapparat²³⁹. Die speziellen Scheidungsgründe ihrerseits vermitteln dem Richter den Masstab für die Schwere der Schuld, die für sich allein, also abgesehen von objektiven Zerrüttungsgründen, auf eine zur Scheidung genügende Zerrüttung schliessen lässt und überdies einen objektiven Masstab für die Intensität der Zerrüttung, die beim allgemeinen Grund für eine Scheidung genügt. Die Zerrüttung ist nur dann tief, wenn sie einer durch den Tatbestand eines speziellen Scheidungsgrundes verursachten Zerrüttung gleichkommt.

Da der allgemeine Scheidungsgrund alle Situationen des täglichen Lebens umfasst, sind die speziellen Scheidungsgründe im allgemeinen inbegriffen²⁴⁰. Die Existenz der speziellen Schei-

²³⁸ Seeger S. 164a; Tuor S. 136; BGE 57 II 243.

²³⁹ Schachtel S. 595.

²⁴⁰ — so auch Grisel S. 296.

dungsgründe nimmt dem allgemeinen einen Teil seines Geltungsbereiches. Da wo ein spezieller Scheidungsgrund zutrifft, darf der allgemeine nicht angewandt werden. Was wäre sonst der Sinn der speziellen Scheidungsgründe? Andererseits kann, was unter den Tatbestand eines speziellen Scheidungsgrundes fällt, nur dann einen Scheidungsgrund abgeben, wenn der Tatbestand des betreffenden Artikels vollständig erfüllt ist. Somit kann eine Verletzung ehelicher Pflichten, die unter den Tatbestand eines speziellen Scheidungsgrundes fällt, ohne ihn zu erfüllen, für den allgemeinen Scheidungsgrund nicht mit Erfolg als einzige zerrüttungsbegründende Tatsache angeführt werden. Nur wenn noch weitere Umstände hinzukommen, die auf das Vorliegen einer tiefen Zerrüttung und der Nichtzumutbarkeit deuten, darf der Richter die Scheidung gestützt auf Art. 142 aussprechen, z. B. eine tiefe Zerrüttung ist nicht schon dadurch bewiesen, dass der Ehepartner den Ehegatten vor nur einem Jahr verlassen hat. Für die Zerrüttung muss noch etwas dazukommen.²⁴¹

Der allgemeine Scheidungsgrund darf auf keinen Fall zur Umgehung eines speziellen dienen²⁴², z. B. darf die klageausschliessende Wirkung der Verzeihung nicht durch eine Klage aus dem allgemeinen Scheidungsgrund wieder aufgehoben werden. Es ist vielmehr zu prüfen, ob im übrigen eine so tiefe Zerrüttung vorliege, dass den Ehegatten die Fortsetzung der ehelichen Gemeinschaft nicht zugemutet werden darf.

II. Konkurrenz verschiedener Scheidungsgründe bei der Frage nach dem Scheidungsanspruch.

a) Parallele Anwendung verschiedener Scheidungsgründe

Das schweizerische Scheidungsrecht beruht auf dem Zerrüttungs-, nicht auf dem Verschuldensprinzip. Die Klage des Ehegatten geht deshalb grundsätzlich nur auf Scheidung. Ob die

²⁴¹ — in diesem Sinne Komm. Egger N. 5 zu Art. 137; Komm. Gmür N. 25 zu Art. 142; Seeger S. 167a; Beispiele in BGE 50 II 319, 65 II 101, 68 II 337; a. M. aber Grisel S. 297.

²⁴² — so Picot S. 9a; BGE 53 II 100, 55 II 291.

Scheidung aus einem speziellen oder aus dem allgemeinen Scheidungsgrund ausgesprochen werde, ist für das Endergebnis unbeachtlich. Der Ehegatte, dessen Ehe zerrüttet ist, hat einen Anspruch auf Scheidung, nicht aber auf Scheidung aus einem bestimmten Grund oder aus mehreren Gründen. Daraus ergeben sich folgende Schlüsse:

1. Wenn die Parteien aus mehreren Scheidungsgründen zugleich klagen, ist der Richter nicht gezwungen, die Scheidung aus allen geltend gemachten Gründen auszusprechen. Ist das Vorliegen eines Scheidungsgrundes erwiesen, so hat der Richter die Scheidung auszusprechen. Er hat dabei in der Schuldrechnung sämtliche angeführten Schuldtatbestände zu berücksichtigen, so dass die Regelung der Nebenfolgen bei einer Scheidung aus einem speziellen Scheidungsgrund ebenso gerecht vorgenommen wird, wie bei einer Scheidung aus dem allgemeinen. Soweit die speziellen Gründe in den Nebenfolgen keine besondere Regelung ergeben, haben sie keine Vorrangstellung²⁴³. Ein öffentliches Interesse an der Anwendung eines bestimmten Scheidungsgrundes besteht nicht²⁴⁴.

2. Der Scheidungsgrund Ehebruch erfährt eine besondere Behandlung. Ehebruch ist die schwerste Verletzung ehelicher Pflichten. An die Scheidung wegen Ehebruchs werden verschärfte Straffolgen geknüpft: eine verlängerte Wartefrist und eine eventuelle Bestrafung aus Art. 214 StGB. Wird Art. 137 in der Scheidungsklage unter andern Scheidungsgründen genannt, so ist er wegen des öffentlichen Interesses am Strafanspruch als erster zu berücksichtigen. Die Scheidung kann in diesem Fall aus Art. 137 allein ausgesprochen werden. Der beleidigte Ehegatte hat nicht kraft seines persönlichen, sondern kraft des allgemeinen Interesses am Strafanspruch das Recht, die Scheidung speziell wegen Ehebruchs zu verlangen. Aus den gleichen Gründen ist

²⁴³ — in diesem Sinne BGE 40 II 573, 68 II 337, 69 II 348, zu weit gefasst und deshalb missverständlich ist BGE 68 II 65.

a. M. aber Komm. Egger N. 4 zu Art. 137, Seeger S. 167a, Knus S. 174: die speziellen Scheidungsgründe geniessen eine Vorrangstellung.

²⁴⁴ Seeger S. 166a.

eine Berufung des Ehepartners mit dem Begehren, es sei die Scheidung speziell aus Art. 137 auszusprechen, zulässig²⁴⁵.

3. Der Richter kann *ex officio* an Stelle der angeführten auch den allgemeinen Scheidungsgrund anwenden. Ist das Vorliegen des oder der geltend gemachten Scheidungsgründe nicht erwiesen, so kann der Richter den allgemeinen Scheidungsgrund subsidiär anwenden²⁴⁶. Das Ziel der Scheidungsklage ist ja letzten Endes nur Scheidung. So kommt Art. 142 in Frage, wenn ein spezieller Scheidungsgrund nicht anwendbar ist, z. B. wenn Verjährung, Verzeihung oder Zustimmung vorliegt, aber ein anderweitiges zerrüttungsbegründendes Moment dazukommt. In diesem Falle sind die tiefe Zerrüttung und die Nichtzumutbarkeit zu beweisen²⁴⁷.

Spezielle Scheidungsgründe hat der Richter nur dann zu berücksichtigen, wenn sie von den Parteien angerufen werden²⁴⁸. Zu diesem Schluss führen folgende Überlegungen: Ein Allgemeininteresse an der Anführung eines speziellen Scheidungsgrundes (der Ehebruch ausgenommen) besteht nicht. Der allgemeine Scheidungsgrund umfasst alle Scheidungstatbestände, folglich auch die Tatbestände der speziellen Scheidungsgründe. Die moralische Missbilligung des Verhaltens des beklagten Ehegatten, die in der Nennung eines speziellen Scheidungsgrundes zum Ausdruck kommt, ist nur dann gerechtfertigt, wenn der Ehepartner den speziellen Scheidungsgrund nennt. Der Richter ist nicht in der Lage, die Motive der Nichterwägung dieses Scheidungsgrundes zu beurteilen. Er kann das Verhalten der Ehegatten niemals vollständig klar erfassen. Er hat deshalb eine diesbezügliche Stellungnahme zu unterlassen. Die Ehegatten haben das Recht, auf die Nennung gewisser Verletzungen ehelicher Pflichten zu verzichten.

²⁴⁵ — so Seeger S. 168a, BGE 40 II 440, 47 II 247, 68 II 65, 68 II 337, 69 II 348.

²⁴⁶ Komm. Egger N. 8 zu Art. 137, Komm. Gmür N. 41 zu Art. 142, Grisel S. 323.

²⁴⁷ — z. B. BGE 40 II 7, 65 II 101, 68 II 337.

²⁴⁸ — in diesem Sinne: Seeger S. 172a, Hartmann S. 32; a. M.: die speziellen Scheidungsgründe können auch *ex officio* vom Richter angewandt werden: Komm. Egger N. 8 zu Art. 137, Komm. Gmür N. 40 zu Art. 142.

Der Richter soll nicht durch seine vielleicht nur halbwegs zutreffende Stellungnahme Gift in den Prozess hineinmischen, umsomehr als er ja nicht nach scheidungsbe gründenden Tatsachen zu forschen hat. Die Tatsachen, die für das Schuldverhältnis von Bedeutung sind, hat der Richter hingegen in der Schuldrechnung zu berücksichtigen.

Das öffentliche Interesse an der Bestrafung des Ehebrechers rechtfertigt seinerseits nicht die ex officio-Anwendung von Art. 137, wenn dieser von den Parteien nicht angerufen wird. Die Möglichkeit der Verhängung einer längeren Wartefrist und der Bestrafung des Ehebrechers ist wohl Ausdruck öffentlicher Interessen, jedoch nur für den Fall, dass der Ehebruch die Ursache der Scheidung war. Hat der Ehegatte Art. 137 nicht angeführt, so ist zu vermuten, dass der Ehebruch nicht Ursache der Zerrüttung ist. Der Ehegatte, der auf Scheidung klagt, ohne sich auf den Ehebruch des Beklagten zu stützen, zeigt dadurch, dass nach seiner Auffassung die Zerrüttung nicht wegen des Ehebruchs entstanden ist.

Die speziellen Scheidungsgründe sind nicht dazu da, um möglichst oft angewandt zu werden, denn der allgemeine Scheidungsgrund führt die Parteien zum gleichen Ergebnis. Die speziellen Scheidungsgründe erfüllen ihre Aufgabe bereits darin, dass sie dem Scheidungsrichter einen Masstab für die rechtsgenügende Tiefe der Zerrüttung vermitteln.

b) Gegenseitiges Bedingen verschiedener Scheidungsgründe

In jedem Scheidungsprozess hat der Richter auf den Grund der vorgebrachten Tatsachen zu gehen. Er hat zu untersuchen, ob die vom Kläger geltend gemachten Scheidungsgründe nicht durch eigenes schuldhaftes Verhalten dieses Ehegatten verursacht worden sind. Es bestehen zwei Möglichkeiten:

1. Es wird ein spezieller Scheidungsgrund geltend gemacht. Beweist der Kläger das Vorliegen eines durch das Verhalten des Beklagten erfüllten speziellen Scheidungsgrundes, so kann seine Klage nur dann mit der Behauptung, ein ehewidriges, zu einem Scheidungsgrund genügendes Verhalten des Klägers sei zur Erfül-

lung des Scheidungsgrundes kausal gewesen, abgewiesen werden, wenn damit gleichzeitig das Bestehen eines Klageausschlussgrundes z. B. Zustimmung bewiesen ist. Das Gegenteil käme einer Anwendung des Schuldkompensationsprinzipes gleich. Auch grobe Verletzungen ehelicher Pflichten berechtigen den Ehepartner nicht zu einem schuldhaften Verhalten. Z. B. der Beklagte beweist, dass ein Ehebruch des Klägers die einzige Ursache zur Nachstellung nach dessen Leben war. Die Klage wegen Nachstellung nach dem Leben muss geschützt werden, da die Kausalität einer Verletzung ehelicher Pflichten zur Lebensnachstellung gemäss Art. 138 keinen Klageausschlussgrund darstellt.²⁴⁹ Nur bei der Prüfung der Frage der Zumutbarkeit kann auf die Verursachung des Scheidungsbegründenden Tatbestandes durch eigenes schuldhaftes Verhalten Rücksicht genommen werden.

2. Der allgemeine Scheidungsgrund wird geltend gemacht. Art. 142 Abs. 2 bewirkt für den allgemeinen Scheidungsgrund eine besondere Regelung. Ein aus einem speziellen Scheidungsgrunde schuldiger Ehegatte kann nur dann gestützt auf den allgemeinen Scheidungsgrund klagen, wenn seine eigene Schuld nicht vorwiegend kausal zur Entstehung der tiefen Zerrüttung war. Entscheidend ist somit, ob das spezielle Verschulden zur Zerrüttung kausal war und ob es vorwiegend ist:

a) Das spezielle Verschulden des Klägers war nicht kausal zur Zerrüttung. Dies ist nicht nur dann der Fall, wenn die Zerrüttung schon vor der Verletzung ehelicher Pflichten bestand, wie das Bundesgericht es verlangt²⁵⁰, sondern die Zerrüttung kann auch unabhängig von der speziellen Verletzung ehelicher Pflichten entstanden sein. Auf den Zeitpunkt allein kommt es nicht an²⁵¹.

b) Das spezielle Verschulden des Klägers ist zur Zerrüttung mindestens teilweise kausal. Solange der Kläger die Zerrüttung nicht vorwiegend verschuldet hat, kann seine Klage nicht abgewiesen werden²⁵². Es ist nicht nötig, dass die Zerrüttung allein

²⁴⁹ — in gleichem Sinne BGE 57 II 243, 69 II 348.

²⁵⁰ BGE 47 II 247 und 68 II 65.

²⁵¹ Grisel S. 324.

²⁵² — z. B. BGE 50 II 319.

der Schuld des Beklagten zuzuschreiben sei, wie das Bundesgericht einmal erklärte²⁵³, später²⁵⁴ aber korrigierte. Wenn beide Ehegatten an der Zerrüttung ein gleich schweres Verschulden tragen, so muss die Scheidungsklage gehört werden, selbst wenn gegen den Kläger und nur gegen ihn auch eine Scheidungsklage aus einem speziellen Grunde möglich wäre²⁵⁵. Erst wenn das Verschulden des Klägers dasjenige des Beklagten erheblich überschreitet, gilt wieder Art. 142 Abs. 2.

²⁵³ BGE 47 II 247.

²⁵⁴ BGE 68 II 65, so auch Grisel S. 324.

²⁵⁵ Knus S. 185.

6. Kapitel

Die Nebenfolgen.

Abschnitt 1

Wartefrist.

I. Wesen.

a) Allgemeines.

Die Wartefrist von Art. 150 ist eine Strafe für den Ehegatten, der durch Verletzungen ehelicher Pflichten das für die Gesellschaftsordnung grundlegend wichtige Institut der Ehe verletzt hat.

Die Wartefrist ist eine Strafe²⁵⁶, die um der öffentlichen Ordnung willen angeordnet wird. Es gibt keinen andern Rechtfertigungsgrund für dieses Rechtsinstitut. Es ist nicht angängig, die Wartefrist als Genugtuung für den schuldlosen Ehegatten aufzufassen, denn es widerspricht den Grundgedanken des ZGB, Rachegefühlen der Ehegatten Vorschub zu leisten. Da beide Ehegatten an der Zerrüttung eine Schuld treffen kann, werden nach dem Wortlaut von Art. 150 beide mit Strafe bedroht. Eine gegenseitige Genugtuung wäre widersinnig.

Schutzobjekt der Strafe ist die Achtung vor der Ehe als sittlichem, für die Gesellschaftsordnung grundlegend wichtigem Rechtsinstitut. Weder die schlechte Behandlung an und für sich, die ein Ehegatte erfährt, noch das Verschulden des Ehegatten gegen seinen Ehepartner²⁵⁷ vermögen über das Strafgesetz hinaus besondere Strafnormen zu rechtfertigen, z. B. die Tatsache allein,

²⁵⁶ Komm. Egger N. 1 zu Art. 150, Komm. Gmür N. 2 zu Art. 150, Seeger S. 178a, Strebels, Gesch. Ehen S. 42, Grisel S. 326, BGE 38 II 56, 68 II 144, 69 II 348.

²⁵⁷ Hartmann S. 36.

dass der eine Ehegatte seinen Ehepartner verlässt, verdient keine Bestrafung. Nur der Umstand, dass durch die Pflichtverletzungen auch das sittliche Institut Ehe verletzt wird, legitimiert die Verhängung einer Strafe.

Passivlegitimiert ist der schuldige Ehegatte. Die Qualifikation der Wartefrist als Strafe bewirkt, dass ihre Dauer von der Grösse des Verschuldens proportional abhängt.

b) *Offizialmaxime* für die Verhängung der Wartefrist.

Der Charakter der Wartefrist und die Beschaffenheit ihres Schutzobjektes verlangen, dass sie *ex officio* verhängt werde. In dieser Hinsicht ist das Gesetz kategorisch: „So ist im Urteil... zu untersagen“²⁵⁸. Parteianträge haben keinen Einfluss auf die Verhängung der Strafe. Deshalb ist auch eine Berufung mit dem Begehren, es sei dem Ehepartner eine Wartefrist aufzuerlegen nicht möglich²⁵⁹. Hingegen kann die Berufungsinstanz ohne weiteres eine Wartefrist verhängen, wenn die erste Instanz dies unterlassen hat²⁶⁰.

Beide Ehegatten können eine Wartefrist verdient haben; auch hier gilt das Prinzip der Schuldkompensation nicht²⁶¹. Der Richter hat deshalb das Verschulden beider Ehegatten gesondert zu untersuchen.

Die Pflicht des Richters, dem schuldigen Ehegatten eine Wartefrist aufzuerlegen, bezieht sich nur auf das aus dem Prozessstoff ersichtliche Verschulden. Das öffentliche Interesse an der Wartefrist überwiegt nicht eventuelle private Interessen an der Verheimlichung gewisser Tatsachen²⁶². Der Richter ist nicht befugt, Schuldtatbeständen nachzuforschen.²⁶³ Der Richter

²⁵⁸ Komm. Egger N.2 zu Art.150, Komm. Gmür N.3 zu Art.150, Gisi S.462, Pruppacher S.61, Picot S.63a, Seeger S.181a, Strebel, Ferienkurs S.30, Grisel S.327.

²⁵⁹ Komm. Egger N.2 zu Art.150, Komm. Gmür N.2b zu Art.150, Seeger S.179a, Hartmann S.36, Grisel S.327.

²⁶⁰ Picot S.65a.

²⁶¹ Picot S.63a, Seeger S.180a, BGE 38 II 56, 68 II 144, 69 II 348, 71 II 49.

²⁶² Seeger S.172a.

²⁶³ Pruppacher S.53, BGE 38 II 56.

hat ja nicht nach scheidungsbegründenden Tatsachen zu suchen. Hingegen hat er nach Massgabe der aus dem Prozesstoff ersichtlichen Schuldthatbestände ex officio eine Wartefrist zu verhängen. Die Voraussetzungen der Wartefrist hat der Richter selber zu untersuchen²⁶⁴.

c) **Offizialmaxime für die Untersuchung der Schuldfrage.**

Für die Aussprechung der Wartefrist stützt sich der Richter auf die Schuldrechnung. Es ist darum unumgänglich, dass der Richter die Prüfung der Schuldfrage ex officio vornehme²⁶⁵. Das heisst nicht, dass der Richter in jedem Prozess einen schuldigen Ehegatten finden müsse²⁶⁶, wohl aber, dass er auf Grund des vorgebrachten Tatbestandes zu untersuchen habe, ob einen Ehegatten ein Verschulden treffe. Dieses Vorgehen entspricht der Offizialmaxime für die Aussprechung der Wartefrist. Nur auf diesem Wege kann auch der Kläger zu einer Wartefrist verurteilt werden²⁶⁷. Die verlängerte Wartefrist bei Ehebruch verpflichtet den Richter, bei Geltendmachung von Art. 137. diesen Scheidungsgrund als ersten zu berücksichtigen²⁶⁸.

II. Elemente.

a) **Kausalität des ehewidrigen Verhaltens zur Zerrüttung ist nicht nötig.**

Die Wartefrist ist eine Strafe für die Verletzung des Institutes Ehe. Die Allgemeinheit wird durch eine Verletzung ehelicher Pflichten, unabhängig von der Frage, ob dadurch die Ehe zerrüttet wurde, immer berührt. Die Auffassung, dass die Warte-

²⁶⁴ Gisi S. 462.

²⁶⁵ — vgl. oben Kapitel 2, Abschnitt 5, Komm. Egger N. 2 zu Art. 150, Komm. Gmür N. 3 zu Art. 150, Gisi S. 462, Pruppacher S. 61, Picot S. 63a, Seeger S. 179a, Strebel, Ferienkurs S. 30, BGE II 291.

²⁶⁶ BGE 38 II 56.

²⁶⁷ — z. B. in BGE 68 II 144.

²⁶⁸ BGE 47 II 247.

frist nur wegen derjenigen Schuldmomente, die zur Scheidung kausal waren, ausgesprochen werde, ist nicht haltbar, denn die Missbilligung des Verhaltenswillens hängt nicht vom Erfolg des schuldhaften Verhaltens ab²⁶⁹. Bei der Wartefrist kann der Richter auf die Schuldtatbestände Bezug nehmen, die er bei der Frage nach dem Scheidungsanspruch nicht berücksichtigen kann²⁷⁰. Es spielt demnach keine Rolle, welche Verletzung ehelicher Pflichten zur Zerrüttung kausal war, welche Verletzung zuerst erfolgte²⁷¹, sondern es ist nur der Grad der Ehewidrigkeit und des ehewidrigen Willens zu beachten.

b) Erforderliches Mass der Schuld.

Die schwere Sanktion der Wartefrist ist nur dann gerechtfertigt, wenn den Ehegatten erhebliche Schuld trifft. Unter schuldigem Ehegatten im Sinne des Gesetzes ist zu verstehen: Ein Ehegatte, dessen schuldhaftes Verhalten schwer genug war, um für sich allein eine Zerrüttung herbeizuführen. Ein solches Verschulden ist bei Vorliegen eines speziellen Scheidungsgrundes der Art. 137—140 immer gegeben. Bei einer Scheidung aus einem solchen Grunde ist im Prinzip immer eine Wartefrist auszusprechen. An der Schwere dieser Schuldtatbestände kann der Richter vergleichen, ob im betreffenden Falle auch bei einer Scheidung aus dem allgemeinen Scheidungsgrund eine Wartefrist angemessen ist. Nur eine erhebliche Verletzung ehelicher Pflichten kann eine Wartefrist rechtfertigen²⁷².

Es ist nicht einzusehen, warum bei einer Scheidung aus Art. 142 nur den vorwiegend schuldigen Ehegatten eine Wartefrist treffen soll²⁷³. Obwohl weniger schwer als dasjenige seines Ehepartners, kann das Verschulden des Klägers trotzdem geeignet gewesen sein, eine Zerrüttung herbeizuführen.

²⁶⁹ — unrichtig daher Seeger S. 179a.

²⁷⁰ BGE 57 II 243.

²⁷¹ BGE 69 II 348.

²⁷² Komm. Egger N. 3 zu Art. 150, Komm. Gmür N. 7 zu Art. 150, Picot S. 65a, Seeger S. 179a, Grisel S. 326, BGE 38 II 43, 38 II 56, 71 II 49.

²⁷³ — unrichtig daher Gisi S. 462.

III. Ausschlussgründe.

Die Klageausschlussgründe wie Verzeihung und Zustimmung haben auf die Wartefrist nur insofern eine Einwirkung, als sie die Entstehung der Schuld des Ehegatten verunmöglichten. Klageausschlussgründe sind nur bei der Frage nach dem Scheidungsanspruch wichtig, bei der Schuldrechnung verlieren sie ihre Wirkung.

a) Verzeihung und Verjährung. Beide Klageausschlussgründe haben auf die Entstehung der Schuld keinen Einfluss. Werden in einem Scheidungsprozess frühere, verzeihene oder verjährte Verletzungen ehelicher Pflichten angeführt, so müssen sie bei der Wartefrist berücksichtigt werden. Sie genügen an und für sich schon für die Aussprechung einer Wartefrist, wenn sie zur Herbeiführung einer Zerrüttung geeignet waren²⁷⁴.

b) Zustimmung. Eine nachträgliche Zustimmung zeitigt wie die Verzeihung keine Wirkungen. Eine Zustimmung, von der der Ehegatte bei Vornahme der Verletzungshandlungen wusste, entbindet ihn von seinen ehelichen Pflichten. Er handelt nicht schuldhaft. Eine Wartefrist ist nicht angebracht.

c) Mitverschulden. Mitverschulden bedeutet gelegentlich Ausschluss der Schuld des Ehepartners²⁷⁵. Das Mitverschulden kann aber an und für sich schon eine Wartefrist gegen den mitschuldigen Ehegatten rechtfertigen, z.B. die Ehefrau hat durch ihre Teilnahmslosigkeit den Ehemann verleitet, zu andern Frauen zu gehen.

IV. Rechtfertigung der Wartefrist.

Die Existenzberechtigung der Wartefrist ist in Praxis und Lehre stark umstritten.

Die einen möchten sie abschaffen²⁷⁶, — andere wollen sie nur restriktiv und mit einer gewissen Zurückhaltung anwenden²⁷⁷,

²⁷⁴ — vgl. BGE 50 II 319, 71 II 49.

²⁷⁵ — s. oben Kapitel 3, Abschnitt 5.

²⁷⁶ Seeger S. 180a ff. und Grisel S. 327 ff.

²⁷⁷ Picot S. 63a; Bundesgericht BGE 38 II 56 und restriktiver in BGE 68 II 144, 69 II 348, 71 II 49.

— eine dritte Gruppe steht für eine strenge, dem Wortlaut des Gesetzes getreue Praxis ein²⁷⁸.

Die Erschwerung der Scheidung und die Bestrafung des schuldigen Ehegatten allein vermögen der Ehe den Charakter eines öffentlich geschützten Institutes zu verleihen. Die Wartefrist ist die einzige Massnahme, die zur Bestrafung des schuldigen Ehegatten dienen kann. Eine solche Strafbestimmung aufzustellen, hat keinen Sinn, wenn ihr nicht durch eine straffe Anwendung genügend Nachruck verliehen wird.

Darüber hinaus hat die Wartefrist die Funktion, einen allfälligen späteren Ehepartner des schuldigen Ehegatten zu warnen. Es liegt im Interesse der Allgemeinheit, dass der schuldige Ehegatte nicht noch einen weiteren Ehepartner unglücklich mache. Mehrere aufeinanderfolgende Scheidungen der gleichen Person verletzen die öffentliche Sittlichkeit.

Gegen die Wartefrist werden verschiedene Argumente angeführt:

1. Sie fördert den ausserehelichen Geschlechtsverkehr und das Konkubinat²⁷⁹.

Dieser Einwand ist stichhaltig. Das öffentliche Interesse an geordneten Verhältnissen im Geschlechtsleben steht aber dem öffentlichen Interesse am Schutz der Ehe und an der Respektierung der Ehe an Wichtigkeit nach. Auf eine Sanktion zur Durchführung des Schutzes der Ehe kann die Allgemeinheit nicht verzichten, nur damit ein weniger bedeutendes Interesse verletzt werde²⁸⁰.

2. Die Wartefrist hat nicht die Tragweite, die man ihr zuschreibt, denn sie bewirkt keine Besserung des Ehegatten und auch keine Prävention, weil sie für die Ehegatten in allzuweiter Ferne liegt²⁸¹.

Solange Wartefristen nur äusserst selten ausgesprochen werden, kann ihnen keine präventive Wirkung beigemessen werden.

²⁷⁸ — u. a. Strebel, *Gesch. Ehen* S. 50 ff.

²⁷⁹ Seeger S. 138a und Grisel S. 328.

²⁸⁰ Strebel, *Gesch. Ehen* S. 52.

²⁸¹ Seeger S. 182a und Grisel S. 328.

Eine strengere Praxis würde jedenfalls bewirken, dass die Ehegatten sich nicht mit dem Gedanken einer sofortigen Wieder-
verheiratung tragen könnten. Damit wäre die Aufgabe der
Wartefrist schon zum grossen Teil erfüllt. Es ist klar, dass die
Wartefrist, wie jede andere Strafe auch, nicht von jedermann
gleich schwer empfunden wird. Darin liegt aber noch kein Grund
zu deren Abschaffung.

Ueberdies hat die Wartefrist einen leicht infamierenden Bei-
geschmack²⁸², den niemand abzuschütteln vermag.

3. Die Frau wird durch eine Wartefrist stärker betroffen als
der Mann, denn in der Ehe findet die Frau meist eine wirt-
schaftliche Sicherstellung, welcher der Mann nicht bedarf²⁸³.

Auch darin liegt kein Grund zur Abschaffung der Wartefrist.
Dem erwähnten Gesichtspunkt ist bei der Bemessung der Warte-
frist angemessen Rechnung zu tragen.

4. Der schuldige Ehegatte ist nicht immer der eheunfähige-
re.²⁸³

Auch wenn dies zutrifft, hat doch der schuldige Ehegatte
einen Mangel an Respekt vor dem Institut Ehe gezeigt, der eine
Strafe verdient. Sein schuldhaftes Verhalten ist nicht ein Indiz
für die Ehefähigkeit, mag er es auch mehr sein als sein Ehe-
partner.

5. Die Verhängung einer Wartefrist ist ungerecht, weil es
vom Willen der Gegenpartei abhängt, ob sie die Schuldthatbe-
stände nennt oder nicht.²⁸⁴

Die Tatsache, dass die Wartefrist bei Einverständnis der
Parteien vermieden werden kann, ist noch kein Grund zu deren
Abschaffung.²⁸⁵ Dieser Umstand soll vielmehr den Richter zu
einer strengen Handhabung der Offizialmaxime und zur Vorsicht
bei übereinstimmenden Parteivorbringen der Ehegatten mahnen.

6. Der Staat soll sich die Rolle eines Sittenrichters nicht an-

²⁸² Komm. Gmür N. 2 zu Art. 150.

²⁸³ Grisel S. 329.

²⁸⁴ Picot S. 64a, Grisel S. 327.

²⁸⁵ — dies anerkennt Grisel S. 328 selbst.

massen, vor allem auch weil ein Irrtum in der Schuldfrage so leicht ist.²⁸⁶

Art. 150 ist Ausdruck öffentlicher Interessen. Die Strafbestimmung, welche diesem Interesse Nachdruck verschaffen soll, kann nur durch den Zivilrichter gehandhabt werden. Er allein ist in der Lage, über die Zweckmässigkeit einer Wartefrist zu entscheiden. Eine straffere Anwendung der Officialmaxime würde die Fehlerquellen verringern.

Abschnitt 2

Leistungen bei der Scheidung.

I. Die einzelnen Leistungsarten.

a) Entschädigung.

Die güterrechtliche Auseinandersetzung, die bei der Scheidung vorgenommen werden muss, folgt objektiven Gesetzesregeln. Art. 154 und 155 zeigen dabei den einzuschlagenden Weg. Nach Möglichkeit soll der voreheliche Zustand wiederhergestellt werden. Zweck von Art. 151 Abs. 1 ist es, die durch diese objektive Auseinandersetzung entstehenden Härten für den schuldlosen Teil zu mildern.²⁸⁷

Die Entschädigung gemäss Art. 151 Abs. 1 ist eine Schadenersatzleistung aus Verschuldenshaftung. Die Voraussetzungen von Schadenersatzleistungen sind laut OR Art. 41: Eintritt eines Schadens, Verursachung durch ein Verhalten des Ersatzpflichtigen, rechtswidriges Verhalten und Verschulden des Ersatzpflichtigen.²⁸⁸ Bis auf ein Merkmal gilt diese Regel auch für die Entschädigung im Ehescheidungsrecht:

Ein Schaden muss vorliegen: „Beeinträchtigung der Vermögensrechte und Anwartschaften“ sagt das Gesetz. Eine Beeinträchtigung der Vermögensrechte ist z. B. die Schädigung des Geschäftskredites, der Wegfall der ehelichen Güterrechte,²⁸⁹ auch der Wegfall des Unterhaltsanspruches gehört unter Umständen

²⁸⁶ Seeger S. 178a und 182a.

²⁸⁷ BGE 44 II 153.

²⁸⁸ — s. Guhl § 10 und § 24, speziell S. 129.

²⁸⁹ BGE 38 II 43: Der Ehepartner hat ein grosses Vermögen.

dazu.²⁹⁰ Eine Beeinträchtigung der Anwartschaften ist z. B. der Wegfall der Ansprüche aus einer Witwenpensionskasse.²⁹¹

Rechtswidrigkeit und Verschulden liegen in der Verletzung ehelicher Pflichten.

Abweichend von der allgemeinen obligationenrechtlichen Lehre ist die spezielle ehescheidungsrechtliche Regelung in Bezug auf das Erfordernis der Verursachung des Schadens durch ein Verhalten des Ehepartners. In erster Linie ist festzuhalten, dass hier nur von einem Schaden gesprochen werden kann, der durch die Scheidung entstand. Entsprechend der obligationenrechtlichen Lehre käme eine Entschädigung nur dann in Frage, wenn die Scheidung kausal wegen Verletzungen ehelicher Pflichten ausgesprochen worden wäre und nur in dem Masse als die Verletzungen ehelicher Pflichten wirklich zur Scheidung kausal waren. Die Prinzipien des Ehescheidungsrechtes führen zu einer andern Lösung: Der Sinn der Schuldrechnung ist, das gesamte schuldhaftes Verhalten beider Ehegatten tatsachengetreu wiederzugeben. Die Schuldrechnung soll bei der Bemessung einer Entschädigung massgebend sein. Jede Verletzung ehelicher Pflichten ist geeignet, eine Zerrüttung, wenn nicht ganz, so doch teilweise zu bewirken. Ob sie tatsächlich zu einer Zerrüttung kausal war, hängt in erster Linie vom Empfinden des Ehepartners ab und ist bei der Aufstellung der Schuldrechnung unwesentlich. Bei der Beurteilung des Verhaltens der Ehegatten während der Ehe ist es ohne Belang, welcher Scheidungsgrund letzten Endes angewandt wurde.

In diesem Sinne hat sich das Bundesgericht ausgesprochen²⁹²: „Eine Schuld im Sinne der Art. 151 und 152 liegt nicht bloss dann vor, wenn dadurch die Zerrüttung der Ehe herbeigeführt wurde; in Betracht fällt überhaupt jede Betätigung ehewidriger Gesinnung, selbst wenn die Ehe schon vorher unheilbar zerrüttet war“. Die Annahme, dass ein Ehegatte eheliche Pflichten ohne Beeinträchtigung seiner Ansprüche aus Art. 151 und 152 verletzen könne, wenn das eheliche Verhältnis ohne sein Zutun zerrüttet worden ist, verletzt ein gesundes Rechtsempfinden.

²⁹⁰ BGE 60 II 392, 71 II 7.

²⁹¹ BGE 62 II 10.

²⁹² BGE 55 II 16 und 71 II 49, zitiert: 55 II 17.

b) Genugtuung.

Im Unterschied zur Entschädigung, die materiellen Schaden wieder gutmachen soll, ist in der Genugtuung die Wiedergutmachung moralischen Schadens zu erblicken. Die Voraussetzungen eines Genugtuungsanspruches sind: Eine schwere Verletzung in den persönlichen Verhältnissen, Verursachung der schweren Verletzung durch den Ersatzpflichtigen, Rechtswidrigkeit und Verschulden.²⁹³

Eine schwere Verletzung in den persönlichen Verhältnissen muss vorliegen. Sie ist etwa in der Bloßstellung vor Dritten, in roher Behandlung,²⁹⁴ im Angriff auf die Ehre, im Ehebruch zu erblicken. Bei den speziellen Scheidungsgründen ist eine Genugtuungsleistung oft angebracht.

Rechtswidrigkeit und Verschulden liegen auch hier in der Verletzung ehelicher Pflichten.

Anders als bei der Entschädigung muss zwischen der Verletzung ehelicher Pflichten und der Verletzung in den persönlichen Verhältnissen sowie der Scheidung ein Kausalzusammenhang bestehen. Diesen Grundsatz drückt das Gesetz wörtlich aus: „Liegt in den Umständen, die zur Scheidung geführt haben, für den schuldlosen Ehegatten eine schwere Verletzung der persönlichen Verhältnisse...“. Die Verletzung ehelicher Pflichten muss also eine Zerrüttung sowie einen moralischen Schaden und die Zerrüttung eine Scheidung aus irgendwelchem Scheidungsgrund verursacht haben.

c) Unterhaltsleistungen.

Die Ehegatten schulden einander Treue und Beistand, Art. 159 Abs. 3. Sie haben für den gemeinsamen Unterhalt beidseitig zu sorgen, in erster Linie der Ehemann (Art. 160), in zweiter Linie die Ehefrau (Art. 161). Durch die Eheschliessung gelangen die Ehegatten in ein gegenseitiges Unterstützungsverhältnis. Bei der Eheschliessung muss vielleicht der eine oder der andere einen wirtschaftlichen Vorteil aufgeben, z. B. die Frau gibt ihre Berufs-

²⁹³ — vgl. Komm. Egger zum Personenrecht, Art. 28.

²⁹⁴ — z. B. BGE 38 II 43.

tätigkeit auf; der Mann macht grosse Aufwendungen für Neuanschaffungen. Dieses Gemeinschaftsverhältnis kann nicht ohne weiteres wieder aufgelöst werden.²⁹⁵ Das äussere Band der Ehe kann bei Vorliegen eines Scheidungsgrundes aufgelöst werden, nicht aber alle familienrechtlichen Bindungen. Gerade das Aufgeben eigener wirtschaftlicher Vorteile bei der Eheschliessung, aber auch das Ausgeben der eigenen Kräfte während der Ehe, bewirken, dass für den Fall der Bedürftigkeit des einen Ehegatten nach der Scheidung auch über die Ehe hinaus Unterstützungspflichten bestehen sollen. Es ist mit dem Wesen der Ehe unvereinbar, dass ein Ehegatte beim Eingehen der Ehe Gefahr laufe, einmal durch Scheidung in wirtschaftliche Not zu geraten, selbst wenn er keine ehelichen Pflichten verletzt hat.

Gemäss Art. 151 sind die Voraussetzungen der Unterhaltsleistungen: Grosse Bedürftigkeit, Kausalität der Scheidung zur Bedürftigkeit und Schuldlosigkeit des bedürftigen Ehegatten.

Grosse Bedürftigkeit liegt nicht vor, wenn Kapital oder ein Einkommen vorhanden ist, oder wenn bereits eine Entschädigungs- oder Genugtuungssumme den Übergang in ein wirtschaftlich geordnetes Leben oder die Zukunft überhaupt sicherstellen. Die Bedürftigkeit wird nicht am bisherigen Lebensstandard, sondern am Existenzminimum bemessen. Für weitere Verpflichtungen des Berechtigten hat der verpflichtete Ehegatte nicht aufzukommen, z. B. Unterhalt der Kinder aus früherer Ehe.²⁹⁶ Der verpflichtete Ehegatte schuldet seinem ehemaligen Ehepartner nur einen Beitrag an den Lebensunterhalt, wenn dieser sich selbst noch zum Teil erhalten kann.²⁹⁷

Die Scheidung muss zur Bedürftigkeit kausal gewesen sein. Keine Unterhaltspflicht liegt dem Ehegatten ob, dessen Ehepartner bereits vor der Ehe in grosser Bedürftigkeit lebte, wenn die Ehe nur kurze Zeit dauerte.²⁹⁸

Über das Erfordernis der Schuldlosigkeit siehe unten sub IIB.

²⁹⁵ Picot S. 69a.

²⁹⁶ BGE 66 II 1.

²⁹⁷ BGE 51 II 16.

²⁹⁸ BGE 67 II 2.

Nicht nötig ist hingegen, dass den verpflichteten Ehegatten ein Verschulden treffe. Darin liegt der Hauptunterschied zur Entschädigung gemäss Art. 151. Art. 152 ist eine Art. 151 ergänzende Spezialbestimmung, vorgesehen für den Fall, dass der zu verpflichtende Ehegatte schuldlos ist.²⁹⁹

d) Herabsetzbarkeit der Rente (Art. 153).

Die Pflicht zu Rentenleistungen hört auf alle Fälle mit der Wiederverheiratung des berechtigten Ehegatten auf.

Die Rente ist nur dann herabsetzbar, wenn sie als Bedürftigkeitsrente ausgesetzt wurde. Eine Rente als Entschädigung oder Genugtuung tritt an die Stelle einer Leistung aus dem gleichen Rechtsgrund in Kapitalform und kann ihrem Wesen entsprechend nicht mehr nachträglich herabgesetzt werden. Die Rente herabsetzen hiesse in diesem Falle den Entschädigungsanspruch nachträglich verneinen. Zu weit geht deshalb das Bundesgericht,³⁰⁰ wenn es die Entschädigungsrente auch als herabsetzbar erklärt, falls sie als Entschädigung für den Ausfall des Unterhalts ausgesetzt wurde. Leistungen, die einer deliktischen oder deliktsähnlichen Schuldhaftung entspringen, unterliegen nicht einer nachträglichen Herabsetzbarkeit.

Ein Grund zur Herabsetzung einer Bedürftigkeitsrente kann nur in der Verbesserung der wirtschaftlichen Lage des Berechtigten oder in der Verschlechterung der Leistungsfähigkeit des Verpflichteten liegen. Weder ein unsittliches Verhalten des Berechtigten noch ein Verschulden gegen den früheren Ehepartner vermögen eine Herabsetzung gemäss Art. 153 zu verursachen.³⁰¹

II. Die Bemessung der Schuld.

Die Frage, ob dem geschiedenen Ehegatten über den ihm zufallenden Anteil am ehelichen Vermögen hinaus noch etwas mehr in das Zölibat mitgegeben werde, hängt gemäss Art. 151

²⁹⁹ BGE 60 II 392, 67 II 2, 68 II 4.

³⁰⁰ BGE 71 II 7.

³⁰¹ Picot S. 71a vertritt das Gegenteil.

und 152 von den Schuldverhältnissen ab. Es lassen sich diesbezüglich folgende Regeln aufstellen:

1. Nur ein schuldloser Ehegatte hat einen Anspruch auf Leistungen des Ehepartners.

2. Auch ein schuldloser Ehegatte kann zu Leistungen verpflichtet werden, wenn sein Ehepartner durch die Scheidung in grosse Bedürftigkeit gerät.

3. In allen andern Fällen kann nur ein schuldiger Ehegatte zu Leistungen verpflichtet werden.

a) Natur der zu berücksichtigenden Schuld.

Im Unterschied zum Scheidungsanspruch wird bei der hier zur Geltung gelangenden Schuldrechnung jegliche Verletzung ehelicher Pflichten berücksichtigt. Je nach den Umständen treten die einzelnen Schuldmomente schärfer oder schwächer hervor. Insbesondere sind auch Motiv und Willensform der einzelnen schuldhaften Handlungen zu berücksichtigen.

Wie eingangs dieses Abschnittes (sub I A) bereits erwähnt wurde, ist es nicht nötig, dass die bei der Schuldrechnung zu würdigenden schuldhaften Handlungen der Ehegatten zur Zerrüttung kausal gewesen seien.³⁰² Die Schuldrechnung soll ein möglichst getreues Bild des Verhaltens der beiden Ehegatten vermitteln.

b) Erforderliches Ausmass der Schuld.

Schuldlos heisst ohne Schuld. Im Ehescheidungsrecht begründet jede Verletzung ehelicher Pflichten eine Schuld. Somit muss Schuldlossein hier bedeuten: keine eheliche Pflicht verletzt haben. Dies ist die absolute Schuldlosigkeit.

Es würde jedoch der *ratio legis* widersprechen, Entschädigungs-, Genugtuungs- und Unterhaltsleistungen nur einem absolut schuldlosen Ehegatten zuzusprechen, denn in jeder Ehe kann jedem Ehegatten irgend eine, wenn auch noch so kleine Verfehlung nachgewiesen werden. Es ist darum zweckmässig, eine andere Umschreibung des Begriffs „schuldlos“ zu suchen.

³⁰² BGE 55 II 16, 71 II 49.

Eine solche gibt das Bundesgericht³⁰³: Schuldlos ist der Ehegatte, dem gegenüber „kein Verschulden von einer gewissen Schwere, das einen speziellen Grund bildet oder dazu angetan ist, die Zerrüttung herbeizuführen“, vorliegt. Dieser Definition ist beizupflichten, weil sie in Präzisierung der bisherigen, bundesgerichtlichen Praxis³⁰⁴ die Bemessung der Schuld nicht von deren Kausalität zur Scheidung abhängen lässt.

Nur die Ehegatten, die mit ihrem Verschulden diese Grenze nicht erreichen, sind zu einer Leistung berechtigt. Ein Verschulden des berechtigten Ehegatten innerhalb dieser Grenzen bewirkt aber bereits eine Herabsetzung analog zu Art. 44 OR.³⁰⁵ Uebersteigt dieses Mitverschulden die Grenzen der angeführten Definition, so fällt die Berechtigung des Ehegatten überhaupt weg.³⁰⁶

Ein positiver Anhaltspunkt dafür, dass in den drei unmittelbar aufeinanderfolgenden Artikeln 151, 152 und 153 der Begriff der Schuldlosigkeit ein verschiedener sei, besteht nicht.³⁰⁷ Dennoch ist bei der Frage der Berechtigung zu einer Genugtuung der Begriff der Schuldlosigkeit eher restriktiv, bei der Frage des Unterhaltsanspruchs eher extensiv auszulegen. Es entspricht Billigkeitserwägungen, Genugtuungsleistungen nur in schweren Fällen zuzuerkennen. Andererseits sind es Pietätsrücksichten, die erfordern, dass ein Ehegatte auch nach der Scheidung vor Bedürftigkeit bewahrt werde.

Entsprechend der Definition der Schuldlosigkeit ist ein Ehegatte dann als schuldig zu betrachten, wenn sein schuldhaftes Verhalten dazu geeignet ist, eine Zerrüttung zu bewirken oder einen speziellen Scheidungsgrund zu erfüllen. Ein Ehegatte ist also nur dann im Sinne von Art. 151 Abs. 1 und 2 schuldig, wenn ihn ein grösseres Verschulden als seinen Ehepartner trifft.

Art. 152 spricht nicht von einem schuldigen Ehegatten. Auch wenn der zu verpflichtende Ehegatte weniger schuldig ist als sein Ehepartner und dieser zwar nicht absolut schuldlos, wohl

³⁰³ BGE 71 II 49.

³⁰⁴ BGE 38 II 43, 60 II 392, 62 II 10.

³⁰⁵ BGE 38 II 43, 60 II 392.

³⁰⁶ BGE 47 II 247, 57 II 243, 68 II 65.

³⁰⁷ Picot S. 66a: er ist überall gleich.

aber schuldlos im Sinne der Art. 151 und 152 ist, kann ersterer zu Unterhaltsleistungen verpflichtet werden.

III. *Offizialmaxime.*

Von Bundesrechts wegen ist der Richter nicht verpflichtet, über die Parteianträge hinaus, Leistungen aus Art. 151 und 152 festzusetzen.³⁰⁸ Der Schutz der Ehe, der im Scheidungsprozess u. a. die *Offizialmaxime* zur Folge hat, steht und fällt mit dem Bestehen der Ehe.

Die Verpflichtung, Entschädigungs- und Genugtuungsbeiträge zu leisten, entspringt allgemeinen Schadenersatz- und Genugtuungsregeln. Solche Leistungen sind deshalb regelmässig von der berechtigten Partei zu beanspruchen. Nur die Verpflichtung zu Unterhaltsbeiträgen entspringt rein familienrechtlichen Grundsätzen und stellt eine Nachwirkung eherechtlicher Unterhaltspflichten dar. Ist die Ehe gelöst, so hat aber im Prinzip jeder Ehegatte für sein Auskommen selber zu sorgen. Es gibt demnach keinen Bundesrechtssatz, der dem Richter die Kompetenz einräumt, *ex officio* Unterhaltsbeiträge festzusetzen. Wäre es aber nicht angebracht, den familienrechtlichen Schutz noch so weit andauern zu lassen? Es liegt in der Kompetenz der kantonalen Gesetzgebung, solches zu bestimmen.³⁰⁹ Die Ehe soll nicht in einen stossenden Zustand der Unbilligkeit ausmünden. Man denke dabei vor allem an die Situation der geschiedenen Ehefrau, die auf Drängen ihres Ehemannes, dessen oder sogar des eigenen Anwaltes, vielleicht aus Prozessmüdigkeit, aus Furcht, aus Unkenntnis in die Festsetzung einer zu tiefen Unterhaltsrente oder in einen völligen Verzicht auf Unterhaltsbeiträge einwilligt. Schutzobjekt der in diesem Sinne erweiterten *Offizialmaxime* ist nicht ein sorgloses Leben des bedürftigen Ehegatten, sondern der Respekt vor den Verpflichtungen aus der Ehe und das Institut Ehe an und für sich. Die Ehe soll für einen wirtschaftlich schwachen Ehegatten nicht den Keim der Misere in sich tragen.

³⁰⁸ BGE 64 II 85, 71 II 204; Komm. Egger N.9 zu Art. 151; Komm. Gmür N. 3 zu Art. 151; Gisi S. 464, Pruppacher S. 57; Pflughart S. 223; Hartmann S. 47; Wiget, Festschrift Egger S. 331.

³⁰⁹ BGE 64 II 85, 71 II 204.

Die Beanspruchung einer Leistung aus Art. 151 oder 152 ist nur während des Scheidungsprozesses möglich.³¹⁰ Die Festsetzung solcher Leistungen hängt von der Schuldrechnung ab. Diese kann nur im gleichen Prozess, in welchem über den Scheidungsanspruch entschieden wird, wahrheitsgetreu aufgestellt werden.

IV. Ausschlussgründe.

Verzeihung und Verjährung schliessen keinen Verzicht auf Leistungen in sich. Auch verziehene und verjährte Tatsachen werden bei der Berechnung der wirtschaftlichen Ansprüche berücksichtigt, denn sie lassen die Schuld des Ehegatten nicht als geringer erscheinen.³¹¹

Zustimmung, von der der handelnde Ehegatte wusste, bedeutet Ausschluss der Schuld. Wenn ein Ehegatte in Konnivenz mit seinem Ehepartner eine unter andern Umständen ehewidrige Handlung beging, so begründet sein Verhalten keinen Genugtuungsanspruch des Ehepartners.³¹² Nachträgliche Zustimmung schliesst die Schuld nicht aus.

Mitverschulden ist ein Herabsetzungsgrund.³¹³

Abschnitt 3

Elternrechte.

Die Zuspriechung der Kinder erfolgt nach Überprüfung der Fähigkeiten der Eltern zur Erziehung der Kinder und der Lebensbedingungen der Kinder bei den Eltern. Das materielle, moralische und geistige Wohl der Kinder ist dabei das allein massgebende Motiv. Die Frage der Schuld der Ehegatten während der Ehe hat nur untergeordnete Bedeutung. Trotz der Schuld des einen Ehegatten können ihm die Kinder zugesprochen werden, wenn er für deren Pflege und Erziehung bessere Grund-

³¹⁰ BGE 47 II 371.

³¹¹ BGE 50 II 319, 62 II 5.

³¹² BGE 38 II 43.

³¹³ BGE 60 II 392.

lagen verschaffen kann.³¹⁴ Das schuldhafte Verhalten eines Ehegatten während der Ehe ist jedoch oft ein Indiz für seine Unfähigkeit, Kinder zu erziehen. Die vom Ehegatten begangenen Verletzungen ehelicher Pflichten haben vielleicht schlechte Eigenschaften an den Tag gebracht, die gegen dessen Erzieherfähigkeiten sprechen.³¹⁵ Eine Verletzung ehelicher Pflichten, die zu einer Scheidung aus Art. 139 führte oder hätte führen können, wird in den meisten Fällen gegen die Eignung des betreffenden Ehegatten sprechen, ein Kind bei sich aufzunehmen. Hat ein Ehegatte die Ehe gebrochen, so besteht die Gefahr, dass das Kind in Zukunft mit dem ehebrechenden Dritten zusammenleben wird, was sich besonders im Verhältnis des Kindes mit dem Elternteil, von dem es getrennt wurde, schlecht auswirken muss.³¹⁶ Zeigen beide Ehegatten durch ihr schlechtes Verhalten und durch ihre mangelnden erzieherischen Fähigkeiten, dass ihnen die Kinder nicht ohne Gefährdung ihrer moralischen und körperlichen Gesundheit zugesprochen werden können, so kann der Richter die Kinder auch einem Dritten anvertrauen.³¹⁷

Die Höhe der Beitragsleistungen wird nach den Bedürfnissen der Kinder und nach der Leistungsfähigkeit der Eltern, nicht nach Massgabe der Schuldrechnung bemessen.

Der persönliche Verkehr des von seinen Kindern getrennten Elternteils mit diesen muss ihm auch dann gestattet werden, wenn er sich während der Ehe gegen seinen Ehepartner schuldhaft verhielt. Auch Wiederverheiratung schliesst dies nicht aus.³¹⁸ Nur dann ist einem Elternteil das Besuchsrecht zu versagen, wenn sich dessen Ausübung in keiner Weise mit dem körperlichen und sittlichen Wohl des Kindes vertragen würde.³¹⁹

³¹⁴ BGE 38 II 439, 62 II 10.

³¹⁵ BGE 40 II 305, 43 II 473, 72 II 10.

³¹⁶ BGE 53 II 189.

³¹⁷ BGE 40 II 313, 40 II 440, 48 II 303, 53 II 189.

³¹⁸ BGE 39 II 173, 43 II 473.

³¹⁹ BGE 72 II 10.

7. Kapitel

Die gerichtliche Trennung

I. Scheidung oder Trennung.

Die Voraussetzungen der Trennung sind die gleichen wie diejenigen der Scheidung (Art. 146). Die Trennung ist nicht etwa eine für weniger schwer zerrüttete Ehen oder für weniger grosses Verschulden des Beklagten zugeschnittene, abgeschwächte Form der Scheidung³²⁰. Ratio legis der Trennung ist einerseits die Schaffung einer Kompromisslösung für Ehegatten, die aus religiösen Motiven keine Scheidung anstreben wollen, anderseits die Ermöglichung des Versuchs, Ehen, die noch heilbar scheinen, wieder in ein ruhiges Fahrwasser zu lenken. Diesen Versuch hat der Richter ex officio ins Auge zu fassen. Ohne einen auf Trennung gehenden Parteiantrag kann er jedoch nur dann auf Trennung erkennen, wenn Aussicht auf Wiedervereinigung besteht. Die Aussicht muss begründet sein³²¹. Für die Beurteilung der Wahrscheinlichkeit der Wiedervereinigung ist, wie bei der Frage nach der Zumutbarkeit der Fortführung der ehelichen Gemeinschaft, auf Grund der vergangenen Tatsachen die mögliche Zukunft zu beurteilen. Ausschlaggebend ist die Gefühlsdisposition der Ehegatten und nicht zuletzt das Ausmass ihres Verschuldens.

II. Schuldrechnung und Nebenfolgen.

Entsprechend dem Wesen der Trennung hat der Richter alles Mögliche anzuordnen, um die Wiedervereinigung der Ehegatten zu erleichtern. In erster Linie hat er deshalb bei der Frage des Scheidungs-, bzw. Trennungsanspruchs, stehen zu

³²⁰ BGE 59 II 409.

³²¹ BGE 41 II 198, 55 II 158, 68 II 1.

bleiben und keine Schuldrechnung aufzustellen. Eine Regelung von Nebenfolgen in Anlehnung an die Schuldrechnung ist nicht möglich und auch nicht nötig. Für die Zuteilung der Kinder ist die Schuldfrage ohnehin nur von sekundärer Bedeutung. Weder eine Wartefrist, noch wirtschaftliche Ersatzpflichten im Sinne von Art. 151 sind bei einer Trennung auszusprechen. Die ehelichen Unterhaltspflichten bleiben auch während der Trennung bestehen. Anderer Leistungen bedarf ein Ehegatte nicht. In diesem Sinne spricht auch das Marginale zu Art. 151—153 von „VI. Leistungen bei Scheidung“, und nicht von „Leistungen bei Scheidung und bei Trennung“. Dem in gerichtlich getrennter Ehe lebenden Ehegatten stehen die für jede Ehe geschaffenen Mittel zur Hand (insbesondere Art. 169)³²².

Eine Ausnahme gilt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung für Ausländer, welchen das Heimatrecht die Scheidung versagt³²³.

III. Scheidungsklage während der Trennung.

Beide Ehegatten können schon während des Ablaufs der Trennungsfrist eine Scheidungsklage anstrengen, doch bedarf es dazu neuer scheidungsbegründender Tatsachen. Die Wahrscheinlichkeit der Wiedervereinigung beurteilt der Richter nach den bei der Fällung des Trennungsurteils vorliegenden Verhältnissen. An seiner Erkenntnis kann deshalb auch das Entdecken von Schuld tatbeständen, die in die Zeit vor dem Trennungsurteil zurückreichen, nichts geändert werden.³²⁴

Die Pflichten der Ehegatten während der Trennung sind die gleichen wie in einer nicht getrennten Ehe.³²⁵ Durch die Trennung werden lediglich die mit dem täglichen Zusammenleben zusammenhängenden Pflichten aufgehoben, z. B. die Pflicht des Mannes, eine Wohnung zu beschaffen; die Pflicht der Ehefrau,

³²² — so Picot S. 68a, BGE 50 II 313; a. M. Tuor S. 145: bei der Trennung muss der schuldlose Ehegatte Leistungen beanspruchen können, da er sonst gegebenenfalls gezwungen ist, die Scheidung zu verlangen, um Vorteile nicht entgehen zu lassen.

³²³ BGE 40 II 305, 50 II 311.

³²⁴ BGE 47 II 375, 62 II 8.

³²⁵ Seeger S. 184a.

den Haushalt zu besorgen. Insbesondere bleiben die Unterhaltspflichten des Mannes und subsidiär der Frau bestehen, ebenso die Pflicht zur ehelichen Treue und die Pflicht, nicht zum Nachteil des Ehepartners zu handeln.³²⁶ Zu weit geht Gmür³²⁷, wenn er die Geltendmachung des Scheidungsgrundes Ehebruch in einer gerichtlich getrennten Ehe gelegentlich als Rechtsmissbrauch empfindet.

IV. Scheidungsklage nach Ablauf der Trennungsfrist.

Es entspricht nicht dem Sinne des Gesetzes, den Ablauf der Trennungsfrist als weiteren Scheidungsgrund neben den Scheidungsgründen der Art. 137—142 zu betrachten. Mit Art. 147 und 148 will das Gesetz nur verhindern, dass ein Ehegatte weiterhin getrennt leben müsse, wenn sein Ehepartner die Wiedervereinigung verweigert.³²⁸ Nach Ablauf der Trennungsfrist oder von mindestens drei Jahren soll eine definitive Lösung, Wiederaufnahme der ehelichen Gemeinschaft oder Scheidung, gefunden werden können.

Die vorausgehende Trennungsfrist entbindet den Richter nicht von der Pflicht, zu untersuchen, ob ein Scheidungsgrund wirklich vorliege. Es muss der Zustand im Momente des neuen Scheidungsprozesses beurteilt werden. Der Richter hat von den Tatsachen, die im Trennungsprozess ermittelt wurden, auszugehen.³²⁹ Er darf sich aber nicht darauf beschränken, sondern er muss, wie bei jedem andern Scheidungsprozess, das gesamte Verhalten der beiden Ehegatten betrachten. Tatsachen, die in die Zeit vor dem Trennungsurteil zurückreichen, können deshalb auch dann berücksichtigt werden, wenn sie im Trennungsprozess gar nicht genannt wurden.³³⁰ Der Scheidungsrichter ist auch

³²⁶ — vgl. BGE 55 II 16.

³²⁷ Kommentar N. 15a zu Art. 137.

³²⁸ BGE 72 II 7.

³²⁹ BGE 69 II 354.

³³⁰ BGE 71 II 199, 47 II 375; BGE vom 8. Mai 1941 in SJ 1941 S. 385 ff.

nicht an die Folgerungen des Trennungsrichters gebunden. Er kann die Trennung als ungerechtfertigt bezeichnen.^{331 332}

Nach Ablauf der Trennungsfrist ist der ausschliesslich schuldige Ehegatte laut Art. 148 Abs. 1 von der Scheidungsklage ausgeschlossen, wenn sein Ehepartner eine ernstgemeinte ³³³ Wiedervereinigungs-offerte nicht verweigert.

Es bleibt zu untersuchen, was unter dem Begriff „ausschliesslich schuldiger Ehegatte“ gemeint ist.

a) Natur der in Frage kommenden Schuld.

Das Verhalten, das für den Begriff „ausschliesslich schuldiger Ehegatte“ in Betracht zu ziehen ist, muss ein schuldhaftes gewesen sein, d. h. die Elemente der Schuld müssen, wie sie oben in Kapitel 2 dargelegt wurden, vorliegen. Einzig die Rechtswidrigkeit der nach der Trennung erfolgten Verletzungen ehelicher Pflichten ist anders zu bemessen. Eine neue Pflicht der Ehegatten ist darin zu erblicken, dass ein Ehegatte ernsthafte Wiedervereinigungs-offerten des Ehepartners anzunehmen hat, wenn der Trennungsgrund weggefallen ist. Durch eine grundlose Verweigerung der Wiederaufnahme des gemeinsamen Lebens lädt der Ehegatte Schuld auf sich.

Nur eine Verletzung ehelicher Pflichten, die zur Entstehung der scheidungsbe gründenden Tatsachen, also zur Zerrüttung kausal war, fällt unter den Begriff der ausschliesslichen Schuld. So sagt Art. 148 Abs. 1 ausdrücklich: „... es sei denn, dass sie auf Tatsachen gegründet werde, die ausschliesslich den nunmehr die Scheidung verlangenden Ehegatten als schuldig erscheinen lassen.“

b) Erforderliches Mass der Schuld.

Ein Ehegatte ist ausschliesslich schuldig, wenn seinen Ehepartner keine Schuld trifft. Der Ehepartner darf selber keine eheliche Pflicht verletzt und auch nicht an Verletzungen ehelicher Pflichten des Ehegatten mitgewirkt haben. Das Bundesgericht anerkennt aber mit Recht, dass ein leichtes Verschulden, das gegenüber dem Verschulden des Ehegatten nicht ins Gewicht fällt,

³³¹ BGE 56 II 156.

³³² — a. M. Picot S. 59a: Der Fristablauf genügt für den Scheidungsanspruch.

³³³ BGE 52 II 184.

die Geltung von Art. 148 Abs. 1 nicht ausschliesst.³³⁴ Andernfalls käme Art. 148 Abs. 1 nie zur Anwendung, denn in jeder Ehe kann beiden Ehegatten irgend eine, wenn auch noch so kleine Schuld nachgewiesen werden.

Der Begriff „ausschliesslich schuldiger“ Ehegatte bedeutet gegenüber dem Begriff „vorwiegend schuldiger“ Ehegatte auch in quantitativem Sinne absolut betrachtet eine Steigerung.³³⁵ Der Begriff „vorwiegend schuldig“ drückt nur ein Verhältnis zwischen beiden Ehegatten aus. Der Begriff „ausschliesslich schuldig“ bedeutet hingegen auch ein absolut schweres Verschulden. Es muss sich mindestens um ein Verschulden handeln, das für sich allein betrachtet geeignet ist, eine Zerrüttung zu bewirken oder den Tatbestand eines speziellen Scheidungsgrundes zu erfüllen.

c) *Offizialmaxime*.

Die Einschränkung des Scheidungsanspruchs gemäss Art. 148 Abs. 1 ist nur eine Einrede des schuldlosen Ehegatten.³³⁶ Das schutzwürdige Interesse entspricht hier nicht demjenigen von Art. 142 Abs. 2. Im Anwendungsfalle von Art. 142 Abs. 2 geht es darum, eine bestehende Ehe zu retten; bei Art. 148 Abs. 1 nur eine gerichtliche Trennung, der der schuldlose Teil wenigstens zugestimmt hat, in eine Scheidung überzuführen. Der schuldlose Ehegatte geniesst bereits im Trennungsprozess den Offizialschutz des Gesetzes. Er hat schon im Trennungsprozess die Möglichkeit, seine Einwilligung zu einem Auseinandergehen zu verweigern. Sind nach Ablauf der Trennungsfrist die Hoffnungen auf eine Wiedervereinigung zu Grunde gegangen, so hat auch die Allgemeinheit kein Interesse mehr an der Aufrechterhaltung dieser Ehe, zumal die Trennung ja nur ein Provisorium ist.

³³⁴ BGE 69 II 354, andere Beispiele: Verheimlichung von Geldschulden BGE 43 II 461, längst verjährter Ehebruch BGE vom 8. Mai 1941 in SJ 1941 S. 385 ff. diese Verletzungen ehelicher Pflichten sind zu schwer, um den Ehepartner noch ausschliesslich schuldig erscheinen zu lassen.

³³⁵ Picot S. 60a.

³³⁶ Grisel S. 325.

Lebenslauf

Ich wurde 1924 in Neuenburg geboren. Meine
Primar-, Mittel- und Hochschulbildung genoss ich in
Zürich. Im Februar 1949 schloss ich mit der letzten
Doktorprüfung mein Rechtsstudium ab.

